



# EL DERECHO

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, S.L., EDIFICIO EL DERECHO, Lagasca, 45. 28001 Madrid. Teléf.: 914 23 29 00

Director: EVARISTO MOLINE

Año XVII. Número 2836

Madrid, miér 26 de mayo de 2010



## TS CIVIL

2010/14188

TS Sala 1ª, Sentencia 3 marzo 2010. Ponente: D. Román García Varela

Necesaria autorización de la comunidad de propietarios

### Obligación de propietario de retirar cierre metálico de la terraza

*El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que condenó a la demandada a retirar únicamente el cierre metálico de la terraza de la vivienda reponiéndolo a su estado primitivo, considerando que la demandada no puede ampararse en una supuesta autorización de la comunidad ni siquiera tácita, por consentimiento de cerramientos anteriores, siendo exigible al propietario afectado solicitar la autorización de la junta de propietarios invocando si cabe la existencia de obras iguales a las pretendidas por él, y en caso de no aceptación de la obra, podrá impugnar el acuerdo en la vía judicial para que se reconozca su derecho de igualdad frente a otros propietarios a los que se le han consentido las obras.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dª Benerice Guigue demandó por los trámites del juicio ordinario a Dª Santiago, y solicitó que se dictara sentencia donde se declarara: a) que las obras ejecutadas por la demandada en el exterior de su vivienda, consistentes en un cerramiento de terraza y colocación de un toldo y anclajes para aparcar bicicletas en la fachada exterior del edificio, son indebidas y contrarias a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios; y b) se condenara a la demandada a la restitución a su estado primitivo de la terraza y de la fachada del edificio, con la eliminación del cierre y desmontaje del toldo, la bicicleta y todos los anclajes colocados en la fachada del edificio, dentro del plazo que prudencialmente se fije y que sugería fuera inferior a un mes.

El Juzgado rechazó la demanda, y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, que ratificó la resolución recurrida, excepto en el parti-

cular relativo al cierre metálico de la terraza, que deberá ser retirado, con reposición de esta parte de la misma a su primitivo estado.

Dª Santiago ha interpuesto recurso de casación por interés casacional, con cobertura en el artículo 472.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esta Sala, mediante auto de 15 de abril de 2008, lo ha admitido respecto a las infracciones alegadas, de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- El motivo primero de recurso acusa la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en cuando a la incorrecta aplicación de los artículos 7 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, según la cual no supone la alteración de elemento común el cerramiento de terrazas cuando ya existían otras en similar situación, sin que se requiriera el consentimiento unánime, ni la previa autorización de la Junta de Propietarios, amén de que en tales casos el derribo de lo construido

comportaría una violación del principio constitucional de igualdad; en este sentido, cita las SSTs de 31 de octubre de 1990 y 5 de marzo de 1998.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, contiene los siguientes razonamientos:

“Sin embargo, no cabe duda alguna que la demandada no puede ampararse en una supuesta autorización de la comunidad ni siquiera tácita, por consentimiento de cerramientos anteriores. En estos casos es criterio de la Sala que es exigible al propietario afectado perpetrar la autorización de la junta de propietarios invocando si cabe la existencia de obras iguales a las pretendidas por él, y en caso de no aceptación de la obra, podrá impugnar el acuerdo en la vía judicial para que se reconozca su derecho de igualdad frente a otros propietarios a los que se le han consentido las obras. Pero lo que en modo alguno puede ampararse es en la ley de la selva en el ámbito de la comunidad de vecinos, de tal forma que la obra realizada sin consentimiento unánime de la comunidad de propietarios ni en su defecto aprobación judicial ha de reputarse ilícita, criterio que vale tanto para la totalidad de las obras ilícitas de la comunidad que no se hayan sometido a la aprobación de la junta. Además, el que con anterioridad por otros dueños se hubiera hecho obras ilegales en nada afecta a la acción ejercitada por no ser el thema decidendi, desconociéndose así si fueron las mismas precedidas de un acuerdo comunitario conforme a las exigencias legales.

Tampoco parece adecuado invocar un supuesto abuso del derecho de la parte demandante porque en el proceso no se está discutiendo la legalidad de las obras que haya podido acometer en su vivienda, sin perjuicio del derecho de accionar contra las mismas por quien se crea perjudicado, sino en si existe perjuicio directo para el comunero accionante. Y lo cierto es que con independencia de que se viera o no el mar, la posición de la ventana de la parte actora respecto de la vivienda demandada, trae como consecuencia que la obra acometida por la parte actora le su-

## SUMARIO

### TS

#### CIVIL

- Obligación de propietario de retirar cierre metálico de la terraza **1**
- Exclusión de indemnización en accidente ferroviario con mala señalización **2**

#### PENAL

- Absolución por delito agravado de lesiones **4**
- Inaplicación de ensañamiento en delito de asesinato **7**

#### ADMINISTRATIVO

- Reconocimiento de jubilación por incapacidad del personal de la Administración de Justicia **10**

#### SOCIAL

- Revisión rechazada por inexistencia de maniobras maliciosas **13**
- Falta de audiencia de empresa en expediente sobre recargo por falta de medidas de seguridad **14**

### RS RESEÑA DE SENTENCIAS **16**

**INTERNET**  
http://www.elderecho.com  
e-mail: clientes@elderecho.com

ponga una evidente limitación de las vistas de las que gozaba conforme al título constitutivo.

Solución diferente ha de adoptarse frente al resto de los elementos combatidos en la demanda porque ninguna alusión se hace por el recurrente al toldo colocado y a los anclajes de las bicicletas ni a la malla de materia plástica colocada en el perímetro de la terraza. En el fundamento jurídico quinto únicamente se afirma que respecto al aparcamiento de bicicletas y la ducha instalados sobre la fachada, de los que se afirma sólo ella los tiene y no hay ningún otro en toda la zona.

Sin embargo es criterio de la Sala que estos elementos por su naturaleza carecen de entidad respecto a lo que es la fachada del edificio por lo que carecen de virtualidad para modificarla. Igualmente el toldo es idéntico en su color y forma a otros colocados en la fachada, por lo que su ubicación, aunque no sea en la zona de la ventana, como ocurre con otros toldos colocados, no afea el edificio ni afecta a la armonía, porque no se olvide no tapa una ventana sino que se ha utilizado para conseguir un espacio de sombra y protección de la terraza. Respecto de este último elemento, no se basa la impugnación del recurrente en falta de la preceptiva unanimidad del acuerdo autorizando su colocación, y contradice la pretensión los actos previos de la propia actora, que en sus reclamaciones, tanto a su vecino, como a la comunidad de propietarios como en la papeleta de conciliación estuvo única y exclusivamente encaminada a la retirada del cierre de la terraza, sin que se hiciera alusión alguna al resto de los elementos”.

Esta Sala manifiesta su conformidad a las reflexiones de la sentencia de instancia recién expresadas.

Según destacada doctrina científica, como manifiesta la sentencia de apelación, se llaman “terrazas a nivel” aquellas que son continuación de los pisos y locales, especialmente de los primeros, y que forman parte de la vivienda.

En general, tales terrazas son consideradas como de propiedad privada y su superficie consta en las escrituras individuales, pero ello no supone que sus titulares tengan capacidad de disposición sobre las mismas en cuanto a su configuración exterior, y, en este sentido, no caben obras que modifiquen su aspecto, ni su cierre con entera libertad.

Otra cosa es la normalidad de observar las terrazas cerradas, con la ampliación de su espacio para la vivienda, pero su realización siempre ha de ser con el consentimiento expreso o tácito de la Comunidad.

En el supuesto del debate, la sentencia recurrida ha declarado el hecho de que si “con anterioridad por otros conductos se hubiera hecho obras ilegales en nada afecta a la acción ejercitada por no ser el thema decidendi, desconociéndose así si fueron las mismas precedidas de un acuerdo comunitario conforme a las exigencias legales”.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso denuncia la transgresión de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la proscripción del abuso del derecho (artículo 7 del Código Civil), ejercicio antisocial y contrario a la buena fe, en casos de oposición a la alteración de elementos comunes, como resulta en el caso objeto del litigio, cuando, según reconoce la sentencia del Juzgado, “la demandante había realizado un cerramiento cuanto menos tan ilícito como el que ha hecho la demandada”.

El motivo se desestima.

No constituye el objeto del recurso de casación hacer un examen comparativo de las sentencias de primera y segunda instancia.

La sentencia de primer grado no cuenta sino en tanto en cuanto sus fundamentos y declaraciones sean asumidos por la de apelación (entre otras, SSTs de 26 de noviembre de 1990, 13 de febrero de 1992, 31 de diciembre de 1994).

No cabe redargüir las conclusiones de la sentencia de apelación con los razonamientos de la sentencia de primera instancia, que no son objeto del recurso (STS de 6 de abril de 1992).

Por demás, basta para el perecimiento de este motivo la argumentación expresada en el fundamento de derecho precedente, que, en evitación de repeticiones, se tiene aquí por reproducida.

CUARTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación con la condena de las costas causadas en el mismo a la parte recurrente (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup> Santiago contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga en fecha de dieciocho de marzo de dos mil cinco. Condenamos a la parte recurrente al abono de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Roman García Varela; Francisco Marin Castan; José Antonio Seijas Quintana; Encarnación Roca Trias. Firmado y rubricado. Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/14192

TS Sala 1<sup>a</sup>, Sentencia 18 febrero 2010. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos

Infracción de la normas de prudencia

## Exclusión de indemnización en accidente ferroviario con mala señalización

El TS declara no haber lugar al recurso de casación confirmando la sentencia impugnada que desestimó la demanda sobre indemnización por daños derivados del accidente ferroviario litigioso, considerando las circunstancias concurrentes en el accidente consistentes en que los fallecidos eran vecinos del lugar conocedores del paso a nivel y carecían de licencia para pilotar el ciclomotor que ocupaban, además de existir una amplia visibilidad en el sentido que llevaba el tren y que éste circulaba a la velocidad autorizada y sin que se haya probado que se hubiera omitido la preceptiva señal acústica.

ca del tren. La sentencia recurrida admite que existió una defectuosa señalización del paso a nivel pero no desempeñó papel relevante alguno en la determinación del nexo de causalidad sino que la causa del accidente estuvo en el grave descuido de las víctimas que, con infracción de todas las normas de la prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de antecedentes.

1. El día 19 de marzo de 1994 fallecieron dos personas que circulaban en un ciclomotor, el cual resultó arrollado por un tren en un paso a nivel sin barreras ni semáforos.

2. Los fallecidos tenían quince y dieciséis años, respectivamente; eran vecinos del lugar, por lo que conocían el paso a nivel; carecían de licencia preceptiva para pilotar el vehículo y éste, a la sazón, sólo podía ser ocupado por una persona.

3. Existía una defectuosa señalización del paso a nivel en el camino por el que circulaban las víctimas, pues la señal existente a un lado, de dimensiones 30x50 cm., estaba descolorida, y en el otro lado existía un poste de unos 2 metros de altura con las señales de atención al tren, y no existía la preceptiva señal de stop.

4. La visibilidad del lugar en el sentido que traía el tren era aproximadamente de un kilómetro en línea recta.

5. El tren circulaba a 98 kilómetros por hora. En el sentido que llevaba el tren, la velocidad máxima permitida era de 100 kilómetros por hora; y en el sentido contrario, de 90 kilómetros por hora.

6. A unos seiscientos metros del paso a nivel había señales reglamentarias de «silbar». No se ha probado que se omitiese la señal acústica.

7. El Juzgado estimó sustancialmente la demanda interpuesta, por una parte, por D. Celestino, D.<sup>a</sup> Petra y de D. Eutimio, parientes de uno de los fallecidos, y, por otra, por D. Jesús, D.<sup>a</sup> Almudena y D. Onesimo, parientes del otro fallecido.

8. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y desestimó la demanda fundándose, en síntesis, en que: (

ELDERECHO  
GRUPO  
EDITORIAL

Depósito Legal: M-32591-94  
ISSN 1888-5020  
Franqueo Concertado 01/1718

DIRECTOR: Evaristo Moliné

Reservados todos los derechos. Esta publicación y sus contenidos no pueden ser reproducidos total o parcialmente, ni editados, transmitidos ni registrados por ningún medio técnico o procedimiento, reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, sin la expresa autorización por escrito del editor. El Diario de Jurisprudencia EL DERECHO informa de lunes a jueves de todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de todas las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Los resúmenes y titulaciones que anteceden a la reproducción de las sentencias son elaborados por la Redacción de EL DERECHO. La doctrina del Tribunal se contiene oficialmente en los fundamentos de derecho, a cuyo texto íntegro puede acceder cualquier suscriptor a través del Servicio de Documentación EL DERECHO DIRECTO, para su envío por fax (91 - 578 16 17).

a) el accidente fue debido fundamentalmente a la actuación de los fallecidos que emitieron normas de elemental prudencia en la circulación; (b) la señalización defectuosa no era imputable a Renfe, sino al titular de la vía según la normativa de tráfico; (c) la visibilidad de la vía no era escasa; (d) la velocidad del tren no era excesiva.

9. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por D. Jesús, D.ª Almudena y D. Onesimo, el cual ha sido admitido al amparo del art. 427.2.2.º LEC, por razón de la cuantía.

SEGUNDO. - Enunciación del motivo primero.

El motivo primero de casación se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción del art. 1902 CC en relación con lo establecido en la ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres, y el artículo 235 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (BOE núm. 24, de 8 de octubre de 1990) y Orden de 8 de mayo de 1982 sobre señalización de pasos a nivel (BOE 12 de mayo de 1982) y jurisprudencia que los interpreta, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 19 de mayo de 2005, recurso núm. 3542/1998».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que es errónea la argumentación de la sentencia según la cual la responsabilidad por la señalización defectuosa no corresponde a Renfe, según se deduce del artículo 235 del Reglamento de Ordenación de los transportes terrestres en vigor en el momento del accidente, tal como declara la STS de 19 de mayo de 2005, RC núm. 3542/1998.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. - La defectuosa señalización.

El incumplimiento de normas de diligencia únicamente puede ser considerado como determinante de responsabilidad civil extracontractual cuando existe un nexo de causalidad entre la conducta imputada al agente y el daño producido, con arreglo al principio establecido con carácter general por el artículo 1902 CC.

Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, la determinación de los hechos que fundamentan el nexo de causalidad corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisada en casación. Únicamente cabe en este recurso examinar las cuestiones jurídicas relacionadas con la integración del nexo de causalidad y con la aplicación de criterios de imputación objetiva que pueden determinar su exclusión.

La sentencia recurrida analiza detalladamente las circunstancias concurrentes consistentes en que los fa-

llecidos eran vecinos del lugar, por lo que conocían el paso a nivel; carecían de licencia preceptiva para pilotar el vehículo y lo ocupaban ambos indebidamente; existía una amplia visibilidad en el sentido que traía el tren; éste circulaba a la velocidad autorizada y no se ha probado que se hubiera omitido la preceptiva señal acústica.

De estas circunstancias fácticas se sigue que la «defectuosa señalización» del paso a nivel, admitida por la AP, no desempeñó papel relevante alguno en la determinación del nexo de causalidad, sino que, en expresión de la sentencia recurrida, la causa del accidente estuvo en «el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de la prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren».

Como consecuencia de ello, forzoso es concluir que la defectuosa señalización careció de relevancia alguna en la producción del accidente. En consecuencia, es indiferente el desacierto de la sentencia de instancia cuando, en contra de la doctrina contemporáneamente sentada en la STS 19 de mayo de 2005, RC núm. 3542/1998, considera que, a pesar de haber entrado en vigor el Reglamento de Transportes Terrestres de 28 de septiembre de 1990, que atribuía a los organismos que tengan a su cargo la infraestructura ferroviaria el establecimiento de la señalización de los pasos a nivel de las características del que es objeto de este proceso, no era imputable a Renfe el cuidado de la señalización, fundándose en que aún no se habían desarrollado reglamentariamente las medidas aplicables. Se advierte que en esta STS 19 de mayo de 2005, citada por las partes recurrentes, se tuvo en cuenta que el defecto de la señalización se unía a otras circunstancias relacionadas con la configuración peligrosa del paso a nivel, con su escasa visibilidad y con las condiciones de uso extraordinario impuestas por hallarse cerrado al tránsito otro paso a nivel ordinariamente utilizado.

Estas circunstancias permitían establecer un nexo de causalidad entre el accidente producido, por una parte, y la deficiente señalización y el mantenimiento de un paso a nivel en condiciones de anormal peligrosidad, por otra.

No es suficiente para revertir la conclusión sentada el hecho de que la sentencia de instancia afirme que la defectuosa señalización «poca influencia tuvo en el suceso», pues el contexto de esta afirmación revela que se trata de una expresión mediante la que el tribunal descarta toda influencia utilizando el adjetivo «poca» con carácter ponderativo y no asertivo.

CUARTO. - Enunciación de motivo segundo.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los arts. 1902 y 1903 del CC, en relación con el art. 1104 del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial que refleja la obligación de suprimir los pasos a nivel y la recepción del principio de responsabilidad semiobjetiva basada en el peligro instaurado, que se recoge en las sentencias dictadas por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2002, recurso 2880/1996, de 22 de febrero de 2001, recurso 356/1996, de 8 de mayo de 1995, dictada en el recurso num. 724/1992, de 14 de junio de 1996, dictada en el recurso 3140/1992, de 24 de diciembre de 1992, recurso núm. 1209/1990 ».

El motivo se funda, en síntesis, en que del propio análisis que se realiza por la Audiencia Provincial surge la responsabilidad cuasi objetiva de Renfe, por un lado, y la del conductor del tren, por otro, atendida la velocidad a que el tren circulaba, la no supresión del paso a nivel o su adaptación o señalización bastante y la falta de precaución al atravesar una población.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- Criterio de imputación de la responsabilidad de extracontractual.

Las razones en las que se funda la desestimación del anterior motivo de casación son las siguientes:

A) En materia de accidentes ferroviarios, especialmente los producidos por cruces de pasos a nivel, la jurisprudencia de las últimas décadas ha introducido paliativos en el principio de responsabilidad por culpa del artículo 1902 CC, aplicando el principio de responsabilidad por riesgo. Sin embargo, se ha puntualizado que no queda excluido de nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil el elemento de la negligencia como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad. Se declara, en consecuencia, que si de la prueba practicada aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse su responsabilidad (SSTS de 28 de noviembre de 1998, 30 de abril de 2003, 6 de febrero de 2008, RC núm. 971/2001).

De esta jurisprudencia se infiere que en materia de accidentes ferroviarios, dentro de las modulaciones que impone el principio de responsabilidad por riesgo, se exige la concurrencia de los requisitos que establece el artículo 1902 CC para la existencia de responsabilidad extracontractual, entre ellos, la actuación negligente por parte del agente y la existencia de un nexo de causalidad entre su conducta y el daño producido.

B) En el caso examinado, aun cuando puede advertirse la existencia de un defecto en la señalización, no se ha acreditado la existencia de un nexo de causalidad entre dicho defecto y el accidente producido, según resulta de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, de donde se infiere que falta uno de los elementos esenciales para la apreciación de una responsabilidad extracontractual.

C) Las demás circunstancias alegadas por la parte recurrente no pueden ser consideradas como determinantes de la existencia de una conducta culposa por parte de Renfe y del maquinista, por cuanto son incompatibles con los hechos declarados probados por la sentencia recurrida o no figuran entre estos. Aunque así no fuera, serían irrelevantes, pues así lo impone la ausencia de nexo de causalidad.

SEXTO. - Desestimación del motivo tercero.

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de los arts. 1902 y 1103 del CC, en cuanto a la concurrencia de conductas culposas que habría de repercutir en las medidas reparatorias, y de la doctrina jurisprudencial que se recoge en las Sentencias dictadas por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 1998, dictada en el recurso de casación núm. 1558/1994, de 19 de julio de 1996, dictada en el recurso 3714/1992, y 14 de junio de 1996, dictada en el recurso 3140/1992 ».

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que lo expresado por la Sala es más que suficiente para considerar que cuando menos habría existido culpa compartida, de no ser subsumida toda la culpa por los demandados por sus faltas de prevención y acción para evitar el riesgo.

Este motivo presupone la estimación de alguno de los motivos formulados con anterioridad, por lo que la desestimación de estos conduce directamente a su desestimación.

SÉPTIMO. - Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC. No se imponen las costas a la parte recurrente, por presentar el litigio serias dudas de Derecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representa-

ción procesal de D. Íñigo, D.ª Almuena y D. Onesimo contra la sentencia de 6 de octubre de 2005 dictada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña (Santiago de Compostela), cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la demandada, Renfe, contra la sentencia pronunciada en el presente juicio por el Juzgado de Primera Instancia de Padrón, de fecha 19 de abril de 2004, sentencia que revocamos, desestimando las demandas acumuladas, absolviendo de ellas a los demandados, sin condena en las costas de ambas instancias».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recu-

rrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Roman Garcia Varela. Francisco Marin Castan. José Antonio Seijas Quintana. Encarnacion Roca Trias. Rubricado Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

recta valoración de la prueba por la Sala de instancia; valoración que impugna sustituyéndola por la suya propia a partir de su personal ponderación de las pruebas.

1.- Esta Sala ha dicho reiteradamente como recuerda la Sentencia 347/2009 de 23 de marzo, y las citadas en ella de 27 de octubre de 2001 y 25 de octubre de 2000, entre otras muchas, que al Tribunal de casación en su función de control sobre la observancia del derecho a la presunción de inocencia, corresponde comprobar la existencia de prueba de cargo que sea objetivamente lícita, practicada con observancia de los requisitos legales condicionantes de su validez procesal bajo los principios de contradicción e inmediatez, y de contenido incriminador como prueba de cargo. No alcanza en cambio a la posibilidad de hacer una nueva valoración de la prueba, facultad exclusiva del Tribunal de instancia conforme al art. 741 de la LECriminal. En consecuencia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe desestimarse cuando se constata la existencia en el proceso de esa prueba de cargo susceptible de proporcionar la base probatoria necesaria para un pronunciamiento de condena, es decir cuando se de el presupuesto necesario para que la Sala de instancia pueda formar su convicción sobre lo ocurrido. La ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas contradictorias compete al Tribunal que presencié la prueba de cargo, a través del correspondiente juicio valorativo, del cual en casación solo cabe revisar su estructura racional, lo que atañe a la observancia por el Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos.

Fuera de esa racionalidad del juicio valorativo son ajenos al objeto de la casación los aspectos del mismo que dependen sustancialmente de la inmediatez, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal. Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria, hemos dicho en la Sentencia 458/2009 de 13 de abril, reiterando la doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible inmediatez que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia.

2.- En este caso los cuatro extremos del hecho probado cuyo susten-

to probatorio atacan los recurrentes, están apoyados en pruebas de cargo válidas y lícitas, que la Sala de instancia ha valorado con rigor lógico, y de forma perfectamente razonable:

a) El golpe propinado por el acusado Arturo, sobre la frente de la víctima, con un agarrador metálico arrancado de la puerta de un local se apoya: en la declaración testimonial de la víctima que la Sala ha examinado siguiendo los criterios de valoración establecidos por la doctrina de esta Sala; en la declaración del propio acusado, que admitió en el Juicio Oral haber golpeado a la víctima, reiterando la declaración prestada ante la Policía en que reconoció haberle propinado el golpe con el agarrador metálico de la puerta, detalle que los Agentes corroboraron tras comprobar que ese llamador o aldabón metálico había sido arrancado; en la declaración de otro de los acusados que dijo haber visto a Arturo con el llamador en la mano; y en los informes médicos de tres peritos que señalaron que el hundimiento del hueso frontal hubo de producirse con un objeto contundente.

b) El golpe dado por el acusado Dimas, consistente en estrellar sobre la cara de la víctima la botella que llevaba en la mano, se apoya: en la declaración de la propia víctima que así testificó; en el testimonio de su hermano que presencié el golpe y señaló a este acusado como su autor, en las diligencias de reconocimiento que se practicaron; y en las dos declaraciones sumariales del acusado Camilo, que también señaló a Dimas como el autor del golpe con la botella, declaraciones que fueron incorporadas al Juicio Oral durante su interrogatorio en el acto de la vista.

c) Las patadas propinadas por los tres acusados en las piernas y el tronco del agredido cuando ya estaba caído en el suelo se apoya: en la declaración de la víctima que así lo narró; en la declaración del testigo presencial de los hechos; y en dos declaraciones sumariales del acusado Camilo, sobre cuyas rectificaciones en juicio fue interrogado durante la vista oral, sin explicación convincente.

d) Con relación a la secuela de la anosmia, contó la Sala con la declaración de la víctima; con el testimonio del facultativo ante el que ya entonces se quejó de que notaba falta de olfato; y con el dictamen pericial que confirmó que el hundimiento del hueso frontal en la mayoría de los casos produce anosmia. La Sala de instancia por tanto dispuso de elementos probatorios de cargo con relación a los cuatro extremos del hecho probado a que los recurrentes se refieren. Son todas pruebas lícitas, y todas pruebas válidamente practicadas. Además la Audiencia que presencié esas pruebas, oyendo a los acusados, a la víctima, al testigo presencial, y a los peritos que informaron realiza una muy extensa valoración de todas esas pruebas, en sus



TS Sala 2ª, Sentencia 9 diciembre 2009. Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Dolo compartido entre los coautores

## Absolución por delito agravado de lesiones

*Desestimando los recursos de casación interpuestos por los acusados, la Sala acoge parcialmente el formulado por el otro imputado contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delito agravado de lesiones. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del delito y le condena por falta de maltrato, ya que el hecho probado nada dice de que contribuyera con una actitud amenazante, o con una aproximación a la víctima para asegurar los golpes de los otros o con cualquier otra actitud de refuerzo valorable como relevante aportación material propia a la acción del conjunto, aparte del elemento subjetivo del dolo compartido. Hasta el momento de las patadas su intervención material en el hecho es inexistente.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso de Arturo y de Dimas.

PRIMERO.- La sustancial coincidencia en los planteamientos de ambos recursos, mayoritariamente integrados por motivos idénticos incluso en su misma redacción justifica su examen conjunto, sin perjuicio de considerar las singularidades de cada uno.

SEGUNDO.- La vulneración de la presunción de inocencia consagrada por el art. 24 de la Constitución Española constituye el objeto de los tres primeros motivos de uno y de otro recurso, todos formalizados al amparo del art. 849-1º de la LECriminal. Los aspectos fácticos del relato histórico que se consideran sin el suficiente apoyo probatorio de cargo, son los siguientes:

a) El golpe que se dice propinado por el acusado Arturo con un objeto contundente en la frente de la víctima (motivo primero de su recurso).

b) El golpe con una botella que se dice cometido por Dimas sobre la nariz de la víctima (motivo primero de su recurso).

c) La serie de patadas propinadas en las piernas y tronco de la víctima por los tres acusados (motivo segundo de uno y de otro recurso).

d) La secuela de anosmia que el hecho probado recoge en la víctima como resultado de la agresión (motivo tercero de uno y de otro recurso). De estos cuatro aspectos fácticos alegan los dos recurrentes, con argumentaciones idénticas o análogas, que su inclusión en los hechos probados se fundamenta en una inco-

fundamentos segundo a séptimo, que ocupan más de seis páginas con una cuidada motivación, muy meritoria en la que se analizan los resultados de las pruebas con un examen acomodado a los criterios de valoración jurisprudencialmente establecidos, y ponderando las contradicciones existentes. Todo ello con extensa fundamentación en la que no hay absolutamente nada que refleje una valoración probatoria ilógica o irrazonable. Los recurrentes no hacen sino proponer otra valoración interesada que no se evidencia como mejor o más razonable que la del Tribunal de la instancia, sin otro apoyo que su voluntad de intentar dar pleno crédito a algunas de las declaraciones de los acusados, las de contenido exculpativo, negándose a las demás y a las de la víctima y testigo presencial, siendo así que son estas versiones las únicas que se corresponden con las lesiones y secuelas objetivadas por los peritos médicos y forenses.

Por lo expuesto los respectivos motivos primero, segundo y tercero del recurso de Arturo, y del recuso de Dimas se desestiman. **TERCERO.-** El recurso de Dimas plantea un cuarto motivo también por la vía del art. 849-1º en el que, alegando la infracción del art. 28 del Código Penal en realidad vuelve a reiterar lo planteado en sus motivos primero y segundo -ya examinados- acerca de la falta de pruebas de cargo sobre su intervención en el botellazo sobre la cara y en las patadas luego propinadas al herido, diciendo que solo estaba presente. Desestimado ya este alegato en el fundamento anterior damos por reproducido lo expresado en él.

El motivo cuarto del recurso de Dimas se desestima.

**CUARTO.-** El motivo sexto del recurso de Arturo y el motivo séptimo del recurso de Dimas, idénticos de contenido, se formalizan al amparo del art. 849-2º de la LECriminal para denunciar error en la valoración de las pruebas. Alegan los recurrentes que es un error dar por ciertas las patadas; tener por probada la anosmia como secuela; y no hacer constar la embriaguez de la víctima y de los acusados; para ello invocan:

A) Respecto a las patadas los diversos informes médicos en que no se reflejan lesiones en piernas y tronco. Pero debe significarse de contrario que la falta de objetivación médica de secuelas o lesiones no evidencia la ausencia de los golpes por lo mismo que éstos no siempre y necesariamente producen esas señales. Además la documental invocada solo hace prueba de lo que expresa y no prueba negativamente lo que omite, por lo que en este caso en que los informes nada dicen no demuestran directamente que no se dieran las patadas. Y por último sobre las patadas dispuso el Tribunal de las declaraciones de la víctima, y del testigo

presencial, por lo que en todo caso habría prueba contradictoria sobre el dato fáctico supuestamente erróneo, lo que desborda las posibilidades del cauce casacional del art. 849-2º de la LECriminal según la reiterada doctrina de esta Sala.

B) Respecto a la anosmia se invocan informes y pruebas médicas que en realidad están referidas a aspectos diferentes propios de la evolución de las lesiones en los huesos frontal y de la nariz que resultaron fracturados, precisando intervención quirúrgica y hospitalización. Unas lesiones de esa envergadura originan numerosa documentación médica que se sucede en el tiempo y es obvio que en cada documento se recoge aquello que el facultativo correspondiente necesita en cada momento reflejar. La secuela de la anosmia no tiene por qué figurar en todos y cada uno de los informes y en todo caso aparece en la testifical del facultativo del hospital que refirió la queja del paciente, y se recoge como secuela en la pericial forense, y en el testimonio de la víctima, corroborado por el dictamen médico. Todo ello significa que existen pruebas acerca de la realidad de ese dato de hecho y con ellas ya no se cumplen las exigencias para la estimación del motivo casacional previsto en el art. 849-2º de la LECriminal, según la doctrina constante de esta Sala.

C) Con relación a la supuesta embriaguez de la víctima, se trata de un dato irrelevante para la modificación del Fallo, porque no afecta ni a las lesiones sufridas con la agresión ni a la participación en ella de los acusados. En todo caso tanto la embriaguez de la víctima como la de los acusados es algo que los recurrentes pretenden obtener como cierto a través de un proceso deductivo fundado en el modo de conducirse unos y otros y en las apreciaciones del enfermero que atendió a la víctima. No es pues un dato fáctico probado por documento que reúna las exigencias del cauce casacional del art. 849-2º de la LECriminal.

D) Esa doctrina reiterada de esta Sala a que se ha hecho varias veces referencias en los apartados anteriores vienen en efecto declarando que el cauce del art. 849-2º de la LECriminal, exige para su estimación:

1) Que el error se acredite por prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales que no dejan de serlo aunque su resultado se documente en los Autos.

2) Que la equivocación se evidencie por el propio y literosuficiente contenido del documento, a través de su poder demostrativo directo, es decir sin necesidad de acudir a otras pruebas ni de tener que acudir tampoco a conjeturas y argumentaciones.

3) Que ese documento no resulte contradicho por ningún otro elemen-

to de prueba que apoye el dato supuestamente erróneo.

4) Que además el dato contradictorio acreditado sea relevante por su virtualidad para modificar algún pronunciamiento del Fallo (SS 13 de noviembre de 1997; 27 y 31 de julio de 1998; 10 de junio de 1999; 16 de octubre de 2009; 31 de marzo de 2009, entre otras muchas). Con lo dicho en los apartados anteriores es claro que estas exigencias en todo o en parte no se cumplen.

El motivo sexto de Arturo y séptimo de Dimas por lo expuesto se desestima.

**QUINTO.-** El motivo cuarto del recurso de Arturo y el quinto del recurso de Dimas, por el cauce del art.849-1º de la LECriminal denuncian la infracción del art. 22.2 del Código Penal por indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad. El argumento de la impugnación es triple: la ausencia de motivación suficiente que justifique su apreciación por la Sala; la falta de conciencia en los acusados de ninguna hipotética situación de desequilibrio; y la superior fortaleza de la víctima que -dicen los recurrentes- era más alta y más fuerte que cualquiera de los imputados.

La argumentación carece de todo fundamento y debe desestimarse:

A) Basta la lectura de la Sentencia de instancia para comprobar, la existencia, la suficiencia y el acierto de su motivación justificativa de la agravante. Dedicada a ello la Sala todo el Fundamento Décimo, que recoge ampliamente la doctrina jurisprudencial sobre el abuso de superioridad, y subsume en sus exigencias lo sucedido en el caso enjuiciado al apreciar debilitación de la defensa de la víctima "prácticamente nula", manifestada por la superioridad personal e instrumental de sus agresores, y la conciencia de la situación de desequilibrio de fuerzas con aprovechamiento de ellas.

B) La conciencia del desequilibrio que sin fundamento alguno niegan los recurrentes resulta en términos razonables de ser ellos mismos como agresores los que, por su número y objetos esgrimidos, superaban las fuerzas de la víctima, pues lo que no es de razón es suponer que ellos al agredir a la víctima no sabían que eran más o que desconocían que llevaban en las manos aquello que usaron para agredir.

C) En cuanto a la superior estatura y fortaleza de la víctima carece de apoyatura en el relato de hechos probados cuyo respeto, sin modificación por supresión o adición de dato alguno, es presupuesto de admisibilidad del motivo casacional del art. 849-1º de la LECriminal que aquí se utiliza. Por lo expuesto se desestiman los motivos cuarto del recurso de Arturo y quinto del recurso de Dimas.

**SEXTO.-** El motivo quinto del recurso de Arturo y el sexto del recurso de Dimas por el cauce casacional del art. 849-1º de la LECriminal alegan la infracción del artículo 21 y 20-2 del Código Penal, por considerar incorrecta la motivación del undécimo fundamento de derecho ala determinar la "no existencia de la más mínima prueba de que los procesados estuvieron influenciados por el alcohol con vulneración -añadende los principios del derecho penal en general" (sic).

La desestimación del motivo se impone forzosamente porque el cauce casacional del art. 849-1º de la LECriminal no permite al recurrente la reconstrucción del relato histórico extrayendo de las distintas pruebas los datos que según su personal valoración considera acreditados frente a los recogidos en la Sentencia -lo que sólo cabe a través del cauce del art. 849-2º de la LECriminal ya examinado-, sino la impugnación de la calificación jurídica de los hechos probados, tal y como éstos se recogen en la Sentencia de instancia, sin modificar ninguno, ni añadir, ni suprimir nada del relato histórico, que en esta vía de casación es el presupuesto intocable del que hay que partir para construir la impugnación de las calificaciones jurídicas. Así resulta del art. 849-1º de la LECriminal, y así lo establece el art. 884-3º de la LECriminal al considerar como supuesto de inadmisibilidad del recurso, que en esta fase lo es ya de desestimación, el que no se respeten los hechos probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquellos, salvo lo dispuesto en el núm. 2 del art. 849 de la LECriminal.

En este caso el hecho probado nada contiene sobre ninguna ingestión de alcohol, y además el Fundamento Undécimo de la Sentencia lo reitera al razonar la desestimación de la atenuante de embriaguez diciendo con rotundidad que no existe la más mínima prueba de que los procesados estuvieran influenciados por el alcohol, en el sentido no solo de que pudieran o no haber bebido sino de que presentaran una embriaguez relevante productora de una leve afectación de las facultades psíquicas.

Los motivos quinto de Arturo y sexto de Dimas se desestiman.

**SÉPTIMO.-** Los motivos de Arturo y octavo de Dimas, amparados en el art. 849-1º de la LECriminal, denuncian infracción del art. 149 del Código Penal alegando que no se dan los requisitos del tipo, y en particular la pérdida de sentido por anosmia. Este planteamiento está condicionado a la estimación de los motivos en que se impugna la apreciación de esa secuela. Dado que la tal impugnación ha sido ya desestimada -en los motivos tercero de uno y otro recurso y en los motivos sexto de Arturo y Séptimo de Dimas- la infracción legal del art. 149 del Código

Penal fundamentado en la inexistencia de la anosmia debe también rechazarse. Por ello se desestiman los motivos séptimo del recurso de Arturo y octavo del recurso de Dimas.

#### B) Recurso de Camilo.

OCTAVO.- De los seis motivos formalizados el sexto omite la vía casacional en que se apoya infringiendo lo dispuesto en el art. 874-2º que exige consignar en el escrito de interposición el artículo de la LECriminal que autoriza el motivo de casación. Infracción por la que incurre en causa de inadmisión del art. 884-5º de la LECriminal que en esta fase lo es ya de desestimación. Con independencia de ello el motivo en que se alega la pérdida de imparcialidad del Tribunal por haber resuelto en su momento sobre la prisión provisional del acusado debe desestimarse por dos razones: porque es una alegación nueva y extemporánea que se formula por vez primera en casación sin haberla hecho valer en la instancia cuando se tuvo conocimiento de la causa en que pretende fundarse (art. 56 de la LECriminal y 223-1º de la LOPJ).

Y en segundo lugar porque la decisión sobre la situación personal del acusado no es la participación en la instrucción de la causa penal que prevé el art. 219-11º de la LOPJ. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha considerado -por ejemplo en Sentencias de 24 de enero de 1997, y 17 de abril de 1999- que la resolución de la Audiencia que mantiene la situación de prisión provisional acordada por el instructor bien desestimando una apelación, bien sencillamente denegando la reforma de dicha situación, no compromete la futura imparcialidad del Tribunal si la misma se fundamenta en la subsistencia de los indicios, en la gravedad del presunto delito imputado (Sª 5 de abril de 2000). El motivo sexto se desestima.

NOVENO.- El motivo primero plantea dos cuestiones diferentes: de un lado alega la ausencia de pruebas de cargo sobre su intervención en el hecho. Dado que la argumentación es semejante a la sostenida por los otros recurrentes damos por reproducidas las razones ya expuestas para desestimar la infracción de la presunción de inocencia, puesto que para describir el concreto hecho probado que la Sentencia recoge, dispuso el Tribunal de prueba de cargo válida y lícita, que fue valorada razonablemente, por el Tribunal, como ya expusimos anteriormente. De otro lado niega que su comportamiento en la acción que se describe como probada constituya participación criminal y aún menos verdadera coautoría por su parte en el delito de lesiones de que se le acusa.

1.- Esta cuestión, ya planteada en la instancia, se resuelve por la Sala de instancia considerando a los tres acusados coautores del delito. La

Sentencia, se apoya en la doctrina jurisprudencial sobre la materia, que aplica al apreciar en todos ellos, y por tanto también en el recurrente "el dolo compartido del acuerdo tácito, coautoría adhesiva, ya que los tres ejecutaron actos de agresión hacia Íñigo con absoluta y total independencia de las lesiones que con cada agresión se ocasionaron".

2.- Este criterio sería el correcto si las lesiones fuesen resultado material de una agresión materializada por todos, en la que cada sujeto interviene con una personal aportación agresora individual integrada, como la de los demás, en la total acción conjunta del grupo atacante. No lo es cuando en la agresión, como aquí sucede, se evidencian dos momentos diferentes: uno primero en que sólo dos de los tres acusados -Arturo y Dimas- agreden a la víctima lesionándole en la cabeza, y otro después, caída la víctima en el suelo, en el que los tres le dan patadas en el tronco y piernas.

Como las lesiones sufridas lo fueron únicamente en la cabeza es obvio que sólo estuvieron causadas por la agresión primera cometida por Arturo y por Dimas, y en la que no intervino el recurrente Camilo. Su presencia acompañando a los otros dos podría considerarse una forma de intervención en la física agresión en la cabeza de la víctima, materializada por éstos, en la medida en que tuviese el dominio funcional del hecho coadyuvando eficazmente a ella. Pero para eso habría sido preciso que el hecho probado describiera un concreto comportamiento de acción u omisión valorable en esos términos.

El hecho probado sin embargo nada dice de que contribuyera con una actitud amenazante, o con una aproximación a la víctima para asegurar los golpes de los otros o con cualquier otra actitud de refuerzo valorable como relevante aportación material propia a la acción del conjunto, aparte del elemento subjetivo del dolo compartido. Hasta el momento de las patadas su intervención material en el hecho es inexistente. Y cuando interviene, después de la agresión en la cabeza, es dándole con los otros unas patadas en tronco y piernas, que no mantienen relación causal alguna con las lesiones en cabeza, constitutivas del delito imputado, y ya causada por los otros sin su participación.

3.- Debe en este sentido recordarse que en efecto la realización conjunta del hecho implica que cada coautor colabore en una aportación objetiva y causal eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto, sin que sea necesario que cada coautor ejecute por sí mismo todos los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización de éste se llega por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores integrados en el plan común siempre que se trate de aportaciones causales decisivas (SS 1031/03, 8 de septiem-

bre; 1497/03, 13 de noviembre; 1564/03, 25 de noviembre; 56/04, 22 de enero; 251/04, 26 de febrero; 415/04, 25 de marzo, entre otras muchas). Dos son por tanto, los planos en que necesariamente se apoya la apreciación de una coautoría:

a) Existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo, que puede concretarse en una deliberación previa realizada por los autores, con o sin expreso reparto de papeles, o bien puede presentarse al tiempo de la ejecución cuando se trata de hechos en los que la ideación criminal es prácticamente simultánea a la acción o en todo caso muy brevemente anterior a ésta. Y puede ser expresa, o tácita, la cual es frecuente en casos en los que todos los que participan en la ejecución del hecho demuestran su acuerdo precisamente mediante su aportación.

b) La coautoría requiere en todo caso una aportación al hecho que puede valorarse como una acción esencial en la fase ejecutoria, que integre el elemento objetivo apreciable aunque el coautor no realice la acción nuclear del tipo delictivo. La trascendencia de esa aportación se fija por el dominio funcional del hecho en el coautor (Sª 529/2005 de 27 de abril).

Interesa aquí subrayar ese aspecto objetivo, porque el simple acuerdo de voluntades o "societas sceleris" no es suficiente para configurar el concepto de autor: como declara la Sentencia de esta Sala 154/2002 de 5 de febrero, debe ir acompañado de un reparto de funciones dirigidas todas a la consecución del objetivo común asumido, y que sean relevantes para el éxito del plan proyectado, de suerte que aunque exista el acuerdo común no podrá legalmente calificarse de coautoría la participación en el delito de quien desempeña una función subsidiaria sin suficiente relación causal y eficacia con el resultado perseguido; pero sí cuando el individuo aporta una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos, porque si el sujeto no ha ejecutado personalmente los actos materiales que integran el núcleo del tipo, pero ha desempeñado funciones asignadas en el plan común, relevantes, principales y causalmente decisivas, en este caso la aportación revela el dominio funcional sobre el hecho a realizar. Dos precisiones más son en este caso necesarias:

1ª.- La coautoría no significa necesariamente participación comisiva ejecutiva porque el dominio funcional del hecho puede estar también en una autoría de dirección o de disponibilidad potencial ejecutiva, o en formas de participación activa por vigilancia, refuerzo o disposición a intervenir en caso necesario e incluso de participación en comisión por omisión permitida por el art. 11 del Código Penal (Sª 1503/2003, de 10 de noviembre).

2ª.- Cabe la participación adhesiva o sucesiva cuando, comenzada por alguien la ejecución, otro u otros incorporan su actividad para lograr la consumación del delito cuya ejecución ha iniciado aquél, aprovechando la situación previamente creada por éste. Pero para ello es necesario además que quienes intervienen con posterioridad lo hagan cuando aún no se ha producido la consumación del delito (SSª 24 de marzo de 1998; 24 noviembre de 2004; 2 de noviembre de 2004 y 13 de marzo de 2005). En este caso ni en la inicial agresión sufrida por la víctima en la cabeza aparece intervención o aportación objetiva alguna del recurrente, de mínima relevancia o significación para el dominio funcional del hecho, ni la que luego desarrolla con patadas sobre la víctima caída es una participación adhesiva o sucesiva por no ser causal respecto a las lesiones en la cabeza al estar éstas ya producidas por la acción de los otros cuando el ahora recurrente interviene.

Esta acción de las patadas propinadas por el acusado, y desconectadas en lo que a él se refiere de la acción lesiva conjunta de los otros dos acusados, integra sin embargo una falta de maltrato de obra del art. 617.2 del Código Penal de lo que este recurrente es autor. Por lo expuesto el motivo primero debe ser estimado.

DÉCIMO.- La estimación del motivo primero en cuanto lleva a la absolución por el delito de lesiones deja sin practicidad alguna el resto de los motivos.

#### FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por Camilo, contra Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en causa seguida contra el mismo y otros por un delito de lesiones, por estimación de su motivo primero; y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal con declaración de las costas de oficio. Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por Arturo e Dimas contra Sentencia y Audiencia arriba mencionada, condenándoles al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Joaquín Delgado García.

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de diciembre de dos mil nueve En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. dos de Tomelloso, fallada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, y que fue seguida por delito de lesiones contra Arturo, Camilo y Dimas, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, se hace constar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se dan por reproducidos los de la Sentencia de instancia con excepción del relativo a la autoría del acusado Camilo, que se sustituye por el Fundamento Noveno de nuestra anterior Sentencia de casación que aquí damos por reproducido, y en su virtud declaramos que no es coautor del delito de lesiones de que se le acusa, procediendo su absolución por este delito.

SEGUNDO.- El referido acusado es autor de la falta de maltrato de obra del art. 617.2, consistente en golpear o maltratar a otro sin causarle lesión. Por lo que procede imponerle la pena de multa de veinte días a razón de diez euros diarios.

## FALLO

PRIMERO.- Que debemos absolver y absolvemos a Camilo del delito de lesiones de que se le acusa en este procedimiento; y le condenamos como autor de una falta de maltrato de obra a la pena de veinte días de multa a razón de diez euros día, con arresto sustitutorio de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas y al pago de un tercio de las costas hasta el límite que representa las de un juicio de faltas.

SEGUNDO.- Confirmamos en lo demás los restantes pronunciamientos de la Sentencia de instancia en lo que no estén modificados por el anterior de esta segunda Sentencia”.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gó-

mez de la Torre.- Joaquín Delgado García.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2009/300014

TS Sala 2ª, Sentencia 22 diciembre 2009. Ponente: D. Perfecto Andrés Ibáñez

Al no concurrir el plus de sufrimiento ocasionado a la víctima

### Inaplicación de ensañamiento en delito de asesinato

*Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de asesinato, maltrato habitual, maltrato o lesiones leves, quebrantamiento de medida, amenazas leves, y faltas de amenazas y hurto. El TS dicta segunda sentencia por la que se deja sin efecto la apreciación de la circunstancia de ensañamiento en el delito de asesinato, ya que para que éste concurra, es preciso que se den datos evidenciadores de que lo buscado, en casos como éste fue, además de matar, ocasionar padecimientos que excedieran ostensiblemente de los propios de la clase de acción generalmente idónea -en la perspectiva de la relación medio a fin- para la ejecución del tipo objetivo del delito de que se trate. El autor, continúa la Sala, tendría que haber realizado, pues, no sólo el mal del delito, sino otros adicionales, asimismo queridos, recreándose en el plus de sufrimiento ocasionado a la víctima, pero lo que se da en el caso de autos es el rápido encadenamiento de una serie frenética de acciones, todas inequívocamente orientadas a acabar con la víctima.*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el cauce de los arts. 852 y 5,4 LOPJ se ha denunciado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, porque -se dice- entre el 14 de febrero de 2007 y el 5 de febrero de 2008 el imputado estuvo desasistido jurídicamente. En apoyo de esta afirmación se recogen las vicisitudes registradas en la causa para dotar de letrado a Alberto, de las que resulta que fue precisa la designación de ocho de estos profesionales, con el seguimiento de los correspondientes trámites, para que, al final, uno de

ellos aceptase el encargo. Tiene razón el que recurre al denunciar esta situación, no precisamente ideal, que habría exigido de la corporación implicada y del juzgado algo más que la burocrática reiteración de ciertos trámites. Pero también es cierto que como, precisamente, ponen de manifiesto todas estas incidencias durante el curso de las mismas se trató de cumplir con el derecho del imputado a la defensa.

Por otra parte, y en fin, de lo acontecido no se sigue y menos necesariamente, que aquél se hubiera visto concretamente perjudicado en la materialidad de su derecho de defensa, en el sentido de que por ese anómalo encadenamiento de nombramientos y renunciaciones se le hubiese producido un preciso perjuicio, por la imposibilidad de hacer alguna alegación o de procurarse algún elemento de prueba. Es por lo que no cabe dar lugar al motivo.

SEGUNDO.- Por el mismo cauce que en el caso anterior, se ha alegado vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. El argumento es que el 14 de enero de 2008 el instructor dictó auto de procesamiento por los delitos de asesinato y quebrantamiento de medida cautelar, que el 31 del mismo mes fue objeto de aclaración mediante nuevo auto. Actuación ésta que se considera anómala, puesto que habría consistido en la adición de hechos nuevos, constitutivos de otro delito de quebrantamiento de medida cautelar y de los delitos de amenazas y de lesiones. Resolución que no consta notificada. Pues bien, se entiende que esta modificación de los hechos, llevada a cabo sin instancia de parte, habría afectado negativamente a los derechos del recurrente que se invocan.

Pero el motivo no se sostiene. En efecto, como es bien sabido, el auto de procesamiento es un acto de imputación formal, producido a tenor de lo que en el momento de dictarse resulte del estado de la causa, en función de los indicios de delito que puedan inferirse de la información acopiada en la misma. En tal sentido, no tiene carácter preclusivo, y podría perfectamente integrarse con nuevos elementos emergentes, bien a instancia de parte o por la propia iniciativa del instructor.

Como tantas veces se dijo, en la lógica del proceso ordinario por razón de delito, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su versión original, el auto de procesamiento cumplía una función de garantía del imputado, que, a partir de ese momento, ya con conocimiento de causa, “podía (...) aconsejarse de letrado” e intervenir en las actuaciones, en las que, hasta ese momento, por lo regular, había sido objeto pasivo, más que sujeto procesal de pleno derecho. La regular anticipación de la imputación y de la asignación de le-

trado al imputado, en los términos en que hoy están previstas y, por lo general, se producen, hace que el procesamiento haya perdido parte de su histórica función y de su relevancia.

Así las cosas, lo cierto es que nunca, ni siquiera en su versión original, ese instituto, desde el punto de vista de la formalización de la acusación tuvo más que una función anticipatoria y, como tal, provisional, a expensas de que las partes, pública y, eventualmente, privada, presentes en las actuaciones, cumplieran con ese trámite, éste sí, de cierre efectivo de la relación procesal, mediante el establecimiento y fijación formal de los términos del contradictorio. Pues bien, a tenor de estas consideraciones, resulta patente que lo sucedido en este caso carece de la relevancia que pretende el recurrente y el motivo no es atendible.

TERCERO.- De nuevo por el mismo cauce, se ha denunciado afectación también de los mismos derechos. Ahora porque uno de los magistrados que formaban la sala, el 10 de diciembre de 2008, exteriorizó su propósito de abstenerse, debido a que tenía amistad íntima con el padre de la víctima; no obstante lo cual había intervenido en las actuaciones realizadas hasta ese momento, como, entre otras, la consistente en dictar el auto de apertura del juicio oral, decidiendo sobre la pertinencia de las pruebas y el señalamiento de la vista.

Pero tiene razón el Fiscal. Más allá de que lo ideal-legal habría sido que el magistrado de que se trata hubiese adoptado esa misma actitud en el momento inicial del trámite que le concernía, lo cierto es que hasta que lo hizo no puede decirse que hubiera intervenido en decisión alguna de auténtica trascendencia material para el derecho del imputado, y menos aún que pudiera siquiera concebirse la sospecha, por remota que fuese, de que su actuación formando parte del tribunal hubiera tenido algún sesgo reprochable. No hay, pues, razón para estimar el motivo.

CUARTO.- Se reitera la misma denuncia que en los casos anteriores, ahora porque de los 7 vídeos en los que se registró el desarrollo de la vista hay varios que no serían audibles. De nuevo la circunstancia descrita y las consideraciones del recurrente vienen a evidenciar el acaecimiento de una situación que rompe la normalidad. Pero también, de nuevo, resulta que, más allá de este dato, que en ningún caso debe banalizarse, lo cierto es que, en los folios 276-292, existe un acta del secretario que contiene información básica sobre lo sucedido en el juicio; y, por otro lado, la parte no denuncia ningún vacío de información que le afectara de forma relevante, en el sentido de impedirle reaccionar adecuadamente contra la sentencia en este momento procesal. Más bien, por el contrario, la lectura de su escrito de recurso, si algo sugiere, es

que no ha tenido problema alguno, al menos de esa clase y de esa procedencia, para fijar su posición frente a la sentencia.

En consecuencia, el motivo no puede acogerse.

QUINTO.- Al amparo de lo que dispone el art. 849,1º Lecrim, se ha alegado indebida aplicación de los arts. 139,1º y 140 Cpenal en relación con el art. 22,1ª y 5ª e inaplicación del art. 139, todos del mismo texto. El argumento es que la sala condenó por asesinato doblemente cualificado, por la alevosía y el ensañamiento, cuando tendría que haber condenado por homicidio. Al respecto, se argumenta que de los hechos no se sigue la concurrencia de la primera circunstancia, porque la propia actitud del acusado allí descrita, del que se dice que, visiblemente, portaba un cuchillo, sugiere que la víctima pudo resultar advertida de que iba a ser objeto de agresión; y, por otra parte, no consta que el propósito de aquél fuera de reducir a esta última a la indefensión. Y, en lo que hace al ensañamiento, se objeta que su existencia no puede medirse por el número de las heridas, sino que debe resultar acreditada la existencia de un ánimo de acentuar gratuitamente el sufrimiento. Se trata de un motivo de infracción de ley, y es preciso atenderse rigurosamente al tenor de los hechos, para valorar la calidad de la subsunción.

Pues bien, lo que consta en aquellos del modo de actuar de Alberto el 13 de febrero de 2007, es que llegó en auto hasta Jacinta y la vecina que le acompañaba por la calle, cortó su paso, descendió del mismo portando un cuchillo y, de forma muy rápida, acompañándose de la expresión "aquí te quería ver" dio a la víctima tres golpes con el arma en la parte izquierda del cuello. A tenor de esta descripción, hay que decir que el modo de razonar del recurrente es en extremo especioso. En efecto, pues lo que presenta como una suerte de anuncio apto para prevenir eficazmente a la asaltada, sugiriendo que habría generado en ella alguna capacidad defensiva, es, precisamente, el factor sorpresa que, por lo imprevisible, en concreto, de la acción, por la rapidez de la secuencia, con la evidencia y la inminencia de la brutal agresión, sólo pudo tener un efecto aterradorante y paralizador, con la consiguiente reducción de la víctima a la inermidad más total. Y es lo que dice también, de forma sumamente expresiva, el tribunal: "Jacinta, paralizada por lo inesperado, violento y rápido del acometimiento" no pudo reaccionar antes de la primera cuchillada, y sólo después de ésta trató, ya inútilmente, de protegerse con las manos, sin el menor resultado. En vista de lo que acaba de exponerse, no parece que haga falta un especial esfuerzo de persuasión argumental para concluir que el contemplado es un supuesto paradigmático de agresión reflexivamente producida en

condiciones de objetiva y deliberada eliminación de cualquier riesgo procedente de una eventual defensa de la agredida, que es lo que exige el art. 22,1ª Cpenal, glosado en infinidad de sentencias de esta sala.

Algo distinto -tiene razón el Fiscal- debe afirmarse del ensañamiento. Para que éste concurra, es preciso que se den datos evidenciadores de que lo buscado, en casos como éste fue, además de matar, ocasionar padecimientos que excedieran ostensiblemente de los propios de la clase de acción generalmente idónea -en la perspectiva de la relación medio/fin- para la ejecución del tipo objetivo del delito de que se trate. El autor tendría que haber realizado, pues, no sólo el mal del delito, sino otros adicionales, asimismo queridos, recreándose en el plus de sufrimiento ocasionado a la víctima.

Y lo que hay aquí es el rápido encadenamiento de una serie frenética de acciones, todas inequívocamente orientadas a acabar con Jacinta. No debe ser obstáculo a esta consideración el hecho de que, en una valoración ex post, y además técnica, como nunca podría serlo la del acusado, pueda decirse que alguna de las lesiones no mortales causadas lo fueron después de producidas alguna o algunas de las verdaderamente letales, pues esta no es una representación atribuible al autor, del que consta acuchilló a Jacinta hasta que la redujo a la inmovilidad, es decir, hasta que tuvo la certeza de que podría haber acabado con su vida. No se le oculta a esta sala la difícil aceptación que consideraciones de este género encuentran en la opinión no pública y en la sensibilidad social, tan explícitamente mortificadas por acciones del grado de odiosidad de las que aquí se contemplan.

Pero lo cierto es que, al discurrir como lo exige el concepto legal del ensañamiento, no se cuestiona en absoluto la legitimidad de esa clase de apreciaciones; si bien es lo cierto que el mismo obliga a establecer grados (jurídicos) de crueldad en el comportamiento de los autores, y tal es lo que se hace en este caso; en el que los golpes de arma blanca propinados por el ahora recurrente, a pesar de que fueron propinados con saña (en el sentido del diccionario) no así con "ensañamiento", en el sentido del Código Penal.

Por eso, y sólo en este aspecto, debe estimarse el motivo.

SEXTO.- Por la vía del art. 849,1º Lecrim, se denuncia la doble aplicación indebida del art. 468 Cpenal. En apoyo de esta afirmación se explica que la víctima el 7 de marzo de 2006 solicitó y obtuvo una orden de alejamiento, dejada sin efecto a su solicitud el 6 de noviembre del mismo año. También que el 31 de enero de 2007 solicitó protección, que le fue otorgada ese día; pero no consta que entre el 31 de enero de 2007 y el 12

de febrero de 2007 el condenado quebrantara la orden de alejamiento ni que la comunicación con la víctima se hubiera llevado a cabo sin el consentimiento previo de ésta. El recurrente reprocha, pues, al tribunal que no tuviera en cuenta la relevancia del consentimiento de la víctima, pero lo cierto es que en la sentencia, antes de que éste hubiese podido producirse, se describen concretos y reiterados actos de quebrantamiento de la primera medida judicial aludida; y también de la segunda, porque Alberto continuó llamando a Jacinta y merodeando por su entorno, en franca desobediencia de la orden recibida hasta la misma víspera de la mortal agresión, cuando también estuvo en el portal de Jacinta; y el día de la misma, en que de nuevo la buscó por diversos lugares. Por tanto, falta base fáctica para la pretensión que anima el motivo, que, por tanto, y por la propia claridad con que se expresa la sala de instancia al respecto, tiene que desestimarse.

SÉPTIMO.- Lo aducido ahora, también al amparo del art. 849,1º Lecrim, es aplicación indebida del art. 153,1 y 3 Cpenal, con violación, se dice, del derecho a la presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo". El argumento es que no existe prueba de cargo, porque los hechos se habrían producido únicamente estando presentes los directamente implicados. El recurrente hace, así, una doble denuncia, de infracción de ley, y de falta de acreditación probatoria. Ahora bien, de la sentencia resulta que, en relación con el hecho del 30 de enero, la sala contó con el testimonio de la vecina Parra, que, por más que trate de cuestionarse, arroja un dato, y es que ante la presencia de Alberto y por lo que su forma de presentarse hacía temer, la misma creyó necesario advertir al padre de Jacinta, que acudió, algo admitido por el propio acusado. En este contexto, y contando con el apoyo del parte médico al que asimismo que se refiere la sala, es por demás razonable la atribución de valor convictivo a las manifestaciones de la víctima. En fin, la objeción de infracción de ley no es admisible, en vista de que de los hechos se desprende que Alberto golpeó a Jacinta, llegando a causarle, incluso, una herida con un cuchillo en la espalda.

OCTAVO.- El reproche es de indebida aplicación del art. 171,4 Cpenal, con violación del art. 24 CE (presunción de inocencia e "in dubio pro reo"). Y tiene que ver con la condena por dos delitos de amenazas graves, una situada en el 1 de octubre de 2006 y producida mediante una llamada telefónica; y la otra el 30 de enero de 2007, realizada directamente por Alberto, cuando bajaba la escalera de la casa tras discutir con Jacinta. De la primera se dice no se sabe quien la habría recibido ni desde que teléfono se realizó; y de la segunda se apunta la diferencia de sentido de las expresiones que esta

última y su padre ponen en boca del primero. El motivo, aún planteado de la forma híbrida que consta, como de infracción de ley y del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, no está exento de fundamento en lo relativo a este segundo aspecto. En efecto, pues si es verdad que en los hechos se describen dos acciones que podrían ser tratadas al amparo del precepto citado del Código Penal, lo cierto es que, en contra de lo que afirma el Fiscal, en el primero de los fundamentos de derecho no consta con la mínima y necesaria precisión cuáles sean los antecedentes en que se apoyan aquellas afirmaciones inculpativas, que, por tanto, se agotan en sí mismas y resultan probatoriamente infundadas.

Así las cosas, no hace falta seguir a la defensa en el análisis de algunos pasajes de la instrucción, y basta estar a los términos de la sentencia, que en lo tocante a ambos delitos acusa un vacío de presupuestos. Es verdad que, dado el tenor de las restantes acciones bien acreditadas del acusado, las imputadas en estos otros dos casos son perfectamente plausibles. Pero es obvio que esto no basta y, por eso, y por lo que acaba de razonarse, hay que estimar el motivo.

NOVENO.- También invocando el art. 849,1º Lecrim, se ha denunciado la aplicación indebida del art. 173,2 Cpenal, y, como en los casos precedentes, del derecho a la presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo". Aquí por la condena al amparo del art. 172,3 Cpenal (maltrato habitual), por hechos que, se dice, no habrían sido siquiera denunciados y sobre los que no existe prueba. Todo el aparato de justificación de este motivo se reduce a la afirmación de que las conductas a que se refiere no son perseguibles sino a instancia de parte. Un aserto sin justificación, pues no concurre tal condición de procedibilidad.

Por lo demás, dice bien el Fiscal: los hechos dan cuenta de un verdadero rosario de malos tratos y abusos, claramente instalados en la forma de relación a la que el acusado sometió a Jacinta, de la que además consiguió, es cierto, perdón en algunos momentos; algo que penalmente no le exculparía, y que si algo denota es su predisposición al abuso de lo que pudo ser, quizá, una forma de dependencia afectiva. En cuanto a la prueba, la propia sentencia recoge elementos particularmente expresivos que denotan un acoso persistente y la imposición de una presencia que tuvo que llegar a ser insoportable. A los que el Fiscal añade las manifestaciones privilegiadas de la vecina Parra, en el juicio: "...que oía que la insultaba y le decía puta y perra. Que a Jacinta la ha visto con hematomas en las piernas y brazo, que decía que Alberto se lo había hecho... que él lleva tiempo maltratándola". Por lo demás, la sentencia del Juzgado de lo Penal de Sevilla (folios 96-101) a que se refiere el recurrente enjuicio

hechos de enero de 2006, anteriores a los ahora considerados, que, como explica la sala, van desde el 27 de enero de 2006 al 13 de febrero de 2007. No es preciso abundar en la falta de fundamento del motivo; aunque vale la pena dejar constancia de la llamativa falta de análisis de las supuestas debilidades probatorias de la resolución impugnada en este punto: un reconocimiento implícito de que las indebidamente reprochadas no son tales.

**DÉCIMO.-** Con apoyo en el art. 849,1º Lecrim, se ha aducido aplicación indebida de los arts. 620,2 y 623,1 Cpenal, con violación también, se dice, de los principios de presunción de inocencia e “in dubio pro reo”. De estar a lo que consta en los hechos probados, habría que objetar que en ellos se describen dos acciones (la sustracción de un teléfono y la afirmación dirigida al padre de Jacinta, en el sentido de que le iba a matar) que serían, en efecto, constitutivas de las faltas de referencia. Pero, aun cuando el modo de plantarlo no sea procesalmente muy correcto, lo cierto es que el recurrente tiene razón al afirmar que ese aspecto de los hechos probados no responde a un correcto uso del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, pues los aludidos asertos de los hechos probados carecen por completo de sustento argumental con referencia a la prueba, en la resolución impugnada. Y tal es la razón por la que el motivo tiene que estimarse.

**DECIMOPRIMERO.-** Lo objetado en este caso es aplicación indebida del art. 23 Cpenal, agravante de parentesco. El argumento es que, además de la correspondiente relación de orden civil, para la apreciación de la misma tendría que concurrir entre los implicados la afectividad propia de una relación familiar. Pero no tiene razón el recurrente. La sentencia de esta sala núm. 216/2007, de 20 de marzo, entre otras muchas, ha puesto de relieve con ejemplar claridad que, además del estatus de pareja, en este caso formalmente matrimonial, es preciso que las acciones delictivas emerjan o incidan en el marco de relaciones propias del mismo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la crisis de la relación, la existencia de discusiones, tensiones, continuas desavenencias, es compatible con la agravante de que se trata (STS 1337/2004, de 18 de noviembre), cuando, como es el caso, la conducta incriminada expresa, precisamente, una modalidad degradada del tipo de relación, impuesta o que trataría de imponerse contra la voluntad de uno de los implicados, en las condiciones privilegiadas que, a tal efecto, propicia el íntimo conocimiento. Y las atormentadoras vicisitudes de las que dan cuenta los hechos, es claro, difícilmente podrían haberse producido al margen de los lazos, ciertamente deteriorados, pero en alguna medida subsistentes, de los que el

que recurre hizo un abuso insoportable. Es por lo que el motivo tiene que rechazarse.

**DECIMOSEGUNDO.-** Invocando el art. 849,1º Lecrim, pero también el 852 de la misma y el 5,4 LOPJ se ha alegado indebida aplicación del art. 21,1 en relación con el art. 20,1 Cpenal y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. El argumento es que en el momento de los hechos el acusado tendría menoscabada su capacidad de control y estaría afectado por alguna adicción a drogas, que, por las deficiencias en materia de defensa, antes denunciadas, no se habrían hecho valer debidamente en el momento oportuno. En apoyo de estas afirmaciones se invocan manifestaciones del propio recurrente en el sentido de que había padecido algún proceso depresivo y consumido cocaína, por inhalación, el día de los hechos.

La sala, dice bien, puso de manifiesto en la sentencia la falta de acreditación de alguna afección psiquiátrica de la que los actos enjuiciados pudieran haber sido un síntoma reconocible; así como de que el acusado hubiese sido padecedor de alguna tóxicodependencia ciertamente relevante. Y si algo pone de manifiesto el motivo es la patente carga de razón de tales afirmaciones, frente a las que todo lo que cabe oponer son las imprecisas y banales alegaciones del propio interesado. Pues ni un posible estado depresivo ni el simple consumo de cocaína que se sugiere son factores con capacidad de incidir de manera relevante en las facultades cognoscitivas y en la capacidad de autodeterminación, a los efectos de los preceptos cuya aplicación se pretende.

Por otra parte, la referencia que se hace en el recurso a algunos síntomas como ansiedad, nerviosismo e ideas autolíticas posteriores al ingreso en prisión, aparte de que nada dicen en el sentido de la lógica del motivo, son perfecta y racionalmente asociables al auto-reproche por los actos criminales realizados y a la perspectiva de una condena tan grave como la que Alberto podía esperar. En fin, la sala de instancia ha discurrido con estimable claridad y rigor sobre todos estos extremos.

Es claro, pues, que el motivo no se sostiene.

**DECIMOTERCERO.-** También por el cauce del art. 849,1º Lecrim, se ha objetado indebida falta de aplicación del art. 21,4 y 6 Cpenal, sin tener en cuenta que el acusado, sobre las 21,30 horas del día de los hechos, se entregó en comisaría. También en este caso la objeción que se hace a la sentencia es meramente retórica y, por tanto, inatendible. En efecto, pues hay constancia de que el acusado se entregó más de diez horas después de los hechos, cuando estaba perfectamente identificado y tenía

motivos para saberlo; y, además, dando una versión sesgada y manipuladora de lo efectivamente sucedido. Y la sala explica muy bien su correcta inteligencia de la falta de presupuestos para la aplicación de la atenuante.

**DECIMOCUARTO.-** La alegación es de error en la apreciación de la prueba resultante de documentos que demostrarían la equivocación de la sala. Como es bien sabido, pues existe abundante y conocida jurisprudencia de esta sala, la previsión del art. 849,2º Lecrim tiene por objeto hacer posible la impugnación de sentencias en las que un extremo relevante del relato de hechos se halle en manifiesta contradicción con el contenido informativo de algún documento, que no hubiera sido desmentido por otro medio probatorio. Donde “documento” es, en general, una representación gráfica del pensamiento formada fuera de la causa y aportada a ésta a fin de acreditar algún dato relevante. Así pues, para que un motivo de esta clase pueda prosperar será necesario acreditar la existencia de una patente contradicción entre unos y otros enunciados, tan clara, que hiciera evidente la arbitrariedad de la decisión del tribunal al haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba. De otra parte, hay que tener en cuenta que las declaraciones de imputados y testigos que, regularmente aparecen transcritas en las causas, carecen de la calidad de documentos en sentido técnico (entre muchísimas, SSTS 1701/2001, de 24 de septiembre y 168/2004, de 11 de febrero). El motivo es francamente inatendible, ya que no se ajusta en absoluto a los requerimientos legales que se expresan en la jurisprudencia que acaba de citarse. En efecto, se objeta que la prohibición impuesta por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alcalá de Guadaíra no incluía la de comunicar con la víctima, pero se trata de un extremo que carece de la menor relevancia en la economía de los hechos y desde el punto de vista de su significación penal. Y, por lo expuesto, es claro que las manifestaciones personales producidas en la causa no pueden ser usadas, en este marco procesal, con la finalidad que pretende el recurrente.

**DECIMOQUINTO.-** En fin, lo que se opone es la incorrecta aplicación de los arts. 66 a 72 Cpenal, en la que, a partir de algunas genéricas consideraciones, se reprocha como desatención a los criterios de proporcionalidad y necesidad en la imposición de la pena. La sala de instancia dedica los extensos fundamentos decimocuarto y decimoquinto a la individualización de la pena, deteniéndose en la correspondiente a cada delito y explicando el porqué de la opción realizada al respecto. Un modo de proceder que contrasta con la manera de operar del recurrente, que se agota en algunas vagas consideraciones doctrinales, suscribibles en el plano abstracto en que se pro-

ducen, pero que discurren en paralelo con los argumentos de la sala, a los que no se hace la menor objeción en concreto. Por ello, el motivo sólo pueda ser desestimado.

#### FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de Alberto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, de fecha 24 de marzo de 2009 que le condenó como autor de un delito de asesinato, un delito de maltrato habitual, un delito de maltrato o lesiones leves, dos delitos de quebrantamiento de medida, dos delitos de amenazas leves, dos faltas de amenazas y una falta de hurto, y, en consecuencia, anulamos parcialmente esta resolución. Declaramos de oficio las costas causadas en este recurso.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

#### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil nueve En la causa número 1/2007, dimanante del rollo 2989/2007 del Juzgado de Instrucción número 3 de Alcalá de Guadaíra, seguida a instancia del Fiscal que ejerció la acusación pública y de la acusación particular ejercida por Bibiana, Eutimio, Delegación del Gobierno contra la violencia sobre la mujer y Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra, por delito de asesinato y otros contra Alberto, con DNI núm.001 nacido en Sevilla el 19 de febrero de 1973, hijo de Juan y de Victoria, con domicilio también en Sevilla y en prisión provisional por esta causa desde el pasado 15 de febrero de 2007, la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Cuarta, dictó sentencia en fecha 24 de marzo de 2009 que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez.

#### ANTECEDENTES

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia.

Se aceptan y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia

de instancia, si bien eliminando la referencia al apoderamiento de una cartera con cien euros, un recibo y un teléfono móvil y a la llamada telefónica, todo referido al día 1 de octubre de 2006. También la referencia al encuentro con Alberto en la escalera del domicilio, el día 30 de enero de 2007.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por lo razonado en la sentencia de casación, se deja sin efecto la apreciación de la circunstancia de ensañamiento en el delito de asesinato, y la aplicación, por tanto, del art. 140 Cpenal; y siguiendo el mismo ponderado criterio de individualización de la sala de instancia, se impondrá la pena de dieciocho años de privación de libertad por ese delito, agravado por la circunstancia de parentesco.

Y, también en virtud de las consideraciones que se hacen en aquella sentencia, debe absolverse de los dos delitos de amenazas graves y de la falta de amenazas leves y la de hurto. No se efectúa pronunciamiento en materia de límite de cumplimiento por ser un aspecto que excede del ámbito del recurso de casación.

#### FALLO

Se condena a Alberto, como autor de un delito de asesinato con la agravante de parentesco, a las penas de dieciocho años de privación de libertad e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Se absuelve al anterior de los delitos de amenazas leves y de las dos faltas de amenazas y la de hurto y se declara de oficio la proporción correspondiente de las costas.

Se mantiene en todo lo demás el fallo de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.- Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.- Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.- Joaquín Delgado García.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

2.- El Acuerdo de 9 de mayo de 2006 de la Comisión Permanente del Consejo decidió su jubilación por cumplir la edad de 70 años el día 5 de octubre de 2006 y la declaró en dicha situación con efectos a partir de la fecha indicada.

3.- El 25 de mayo de 2006 solicitó la jubilación por incapacidad permanente para el servicio y el Acuerdo de 20 de junio del mismo año de la Comisión Permanente del Consejo decidió iniciar el correspondiente expediente.

4.- En el expediente así instruido emitió dictamen el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Granada y, a la vista del mismo y para obtener la mayor información posible, la instructora acordó que emitiera también informe, como así lo hizo, la Médico Forense-Directora del Instituto de Medicina Legal de Granada.

Con posterioridad a dichos informes se dio traslado al Ministerio Fiscal, que, a su vez, informó que no se oponía a la concesión de la jubilación solicitada; y la instructora elaboró propuesta de resolución en la que afirmó que procedía la jubilación por incapacidad permanente para el servicio de la Magistrada D<sup>a</sup> Leonor

El acuerdo de 12 de septiembre de 2006 de la Sala de Gobierno de Granada resolvió lo siguiente: "Proponer al Consejo General del Poder Judicial la jubilación por incapacidad física de la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Leonor Titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 000 de los de direccion000".

5.- El Acuerdo de 3 de noviembre de 2006 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que es el acto que D<sup>a</sup> Leonor directamente impugna en el recurso contencioso-administrativo que ha dado origen al actual proceso, adoptó esta decisión:

"Archivar el expediente que por jubilación por incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones judiciales le ha sido tramitado a la Magistrada, Titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 000 de direccion000, Ilma. Señora D<sup>a</sup> Leonor, al no existir causa determinante de la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales".

SEGUNDO.- La decisión de lo que aquí es objeto de controversia aconseja también completar el anterior relato de hechos con una referencia previa a las principales razones que son desarrolladas en los fundamentos del recurrido acuerdo del Pleno del Consejo para justificar su decisión de archivo del expediente de jubilación por incapacidad permanente.

Esos fundamentos dedican su primera parte (así lo hacen los fundamentos primero, segundo y tercero) a declarar que, en lo que hace al concepto de incapacidad permanente como causa de jubilación de los miembros de la carrera judicial, y ante la falta de una definición de tal causa en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha de acudirse al Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que en su artículo 28.2.c) dispone:

"2. La referida jubilación o retiro puede ser:

c) Por Incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, que se declarará de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponda".

Invocan también la doctrina de esta Sala, manifestada principalmente en las sentencias de 19 de noviembre de 1999 (Recurso 522/1997), 10 de noviembre de 2003 (Recurso 567/2001) y 17 de septiembre de 2002.

De la sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Recurso 522/1997), se citan sus declaraciones sobre que la función judicial, por depender de ella la tutela de los derechos fundamentales, ha de desempeñarse de manera continuada en el tiempo y esto hace que no pueda confiarse su desempeño a quien esté expuesto a períodos o episodios de enfermedad que puedan causar graves daños a la administración de Justicia.

De la sentencia de 10 de noviembre de 2003 (Recurso 567/2001) se trae a colación la distinción que en ella se establece, en lo que hace a los expedientes de jubilación por incapacidad de un Juez o magistrado, entre estas dos cuestiones: la relativa al alcance de las enfermedades que hayan sido invocadas con esa finalidad; y la que concierne a las consecuencias jurídicas de la jubilación por incapacidad.

Y en cuanto a estas consecuencias jurídicas, se recuerdan estas otras declaraciones de dicha Sentencia que la jubilación por incapacidad, además de implicar la pérdida de la condición de Juez, produce efectos en el marco de protección que otorga el Régimen Especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, regulado en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio; que este texto recoge la

## TS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2010/21811

TS Sala 3<sup>a</sup>, Sección: 8, Sentencia 10 febrero 2010. Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén

### Por ventajas jurídicas inexistentes en la jubilación por edad

## Reconocimiento de jubilación por incapacidad del personal de la Administración de Justicia

*Acuerda el TS estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora contra Acuerdo del Pleno del CGPJ, por considerarlo no conforme a Derecho. La Sala reconoce el derecho de la recurrente a que le sea concedida la jubilación por incapacidad permanente para el servicio con efectos desde el año 2006, y que la resolución que así lo acuerde declare que esa incapacidad es absoluta para toda profesión u oficio. La Sala argumenta su fallo, entre otros motivos, por considerar que si la jubilación por incapacidad puede generar en el interesado esas ventajas jurídicas que no existen en la jubilación por edad, no puede negarse a dicho interesado el derecho de proseguir el expediente dirigido al reconocimiento de esa específica clase de jubilación; y, por esta misma razón, la jubilación por edad no puede ser considerada una imposibilidad de continuación de dicho expediente.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos relevantes para decidir lo que se discute en este proceso contencioso-administrativo los siguientes:

1.- La aquí recurrente, D<sup>a</sup> Leonor, Magistrada del Juzgado de Primera

Instancia núm. 000 de direccion000, permaneció en baja por enfermedad durante los períodos 8 de marzo a 30 de julio de 2004, 17 de enero a 24 de febrero de 2005, 27 de junio a 27 de julio de 2005, 17 de octubre a 17 de noviembre de 2005 y 3 de diciembre de 2005 a 3 de enero de 2006.

distinción entre incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez (artículo 12.1.c); y que esto es lo que explica que la Orden de 22 de noviembre de 1996, por la que se establece el procedimiento para la emisión de los dictámenes médicos a efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones de clases pasivas, disponga que, en los supuestos de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, el órgano de jubilación deberá indicar en el impreso de iniciación de oficio del procedimiento de reconocimiento del derecho a pensión, si la lesión o proceso patológico del Funcionario, además de incapacitarle para las funciones propias de su Cuerpo, le inhabilita por completo para toda profesión u oficio, y, en su caso, si necesita la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, según conste en los dictámenes médicos que emitan los Equipos de Valoración de Incapacidades.

Y de la sentencia de 17 de septiembre de 2002 (Recurso 257/1998) se transcriben principalmente estas declaraciones:

“Con arreglo a la definición legal, dos son, pues, los factores que deben concurrir en la fijación del proceso patológico determinante de la incapacidad para el ejercicio de funciones judiciales como causa de jubilación:

a) La intensidad o gravedad de la lesión o proceso sufridos por el sujeto paciente, hasta el punto que “le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera”.

b) La permanencia en el tiempo, de modo que la lesión o proceso patológico, somático o psíquico “esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad”.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de fecha 29 de mayo de 1989 y más recientemente esta Sala y Sección en sentencia de 16 de mayo de 2001, señalan que la declaración de incapacidad es “el resultado objetivo de complejas interrelaciones, en las que intervienen factores médicos, jurídicos y funcionariales que han de valorarse en conjunto para determinar si los padecimientos sufridos por el funcionario y las secuelas de ellos derivadas en relación con las características objetivas del puesto o actividad realmente desempeñada comportan una limitación que determine su inaptitud para la labor que como funcionario desempeña”.

TERCERO.- Los posteriores fundamentos del Acuerdo del Pleno del Consejo (cuarto y siguientes), expuestos en lo esencial, se pueden resumir en lo que sigue:

- a) Se destaca la necesidad de tener en cuenta el dato objetivo de que el acuerdo de 9 de mayo de 2006 de

la Comisión permanente decidió declarar la jubilación forzosa por edad de la recurrente en estos términos: “Por cumplir la edad legalmente establecida de 70 años, el día 5 de octubre del año 2006, con los derechos pasivos que le correspondan y cuya jubilación producirá efectos a partir de la fecha indicada”.

- b) Se señala que los documentos, certificaciones e informes médicos existentes en el expediente, y que son los antecedentes fundamentales para poder llegar a determinar si D<sup>a</sup> Leonor esta incapacitada o no, son estos tres: el informe emitido por el Doctor D. Edmundo; el informe emitido por D<sup>a</sup> Eufrasia, Médico Forense y Directora del Instituto de Medicina Legal de Granada; y el Dictamen Evaluador emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades.

- c) Se afirma que, a la vista de los anteriores documentos y de los demás informes médicos existentes en el expediente tramitado, es preciso concluir que en ninguno de ellos, absolutamente en ninguno, ni siquiera en el Informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de Granada, se afirma que la Sra. Leonor deba ser jubilada por incapacidad permanente para el servicio y mucho menos en el grado de invalidez que en tal caso le podría corresponder.

- d) Se declara también que ha de aplicarse el criterio jurisprudencial de que la incapacidad no puede valorarse en abstracto y con referencia exclusiva a la patología o enfermedad, sino que ha de ser puesta en relación con las circunstancias del sujeto paciente y la repercusión en su capacidad para el desempeño de las funciones propias del Cuerpo, Escala, plaza o carrera de su integración o adscripción y debe atenderse siempre a las particularidades del caso que ha de resolverse.

Y dicha declaración se ve seguida de ésta otra:

“Y la repercusión de la capacidad de la señora Magistrada para desempeñar en el futuro sus funciones, atendiendo a las particularidades del caso que se pretende resolver, es totalmente nula, pues D<sup>a</sup> Leonor, como se ha indicado anteriormente, causó baja en Carrera Judicial el día 5 de octubre del presente año 2006, por jubilación forzosa al cumplir en dicha fecha los 70 años de edad”.

- e) Se dice así mismo que las propuestas de la Señora Instructora y de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla y el informe del Ministerio Fiscal, que en contra del Dictamen Evaluador emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades de Granada proponen la jubilación física de D<sup>a</sup> Leonor, no aportan argumentos que puedan desvirtuar las conclusiones efectuadas por el Equipo de Valoración de Incapacida-

des y no añaden ni aportan otros elementos nuevos que no hubiera tenido en cuenta dicho organismo.

- f) Se argumenta igualmente que, mientras no se modifique la norma y se pueda crear un órgano Técnico de Valoración de Incapacidades propio y específico de la Carrera Judicial, el Equipo de Valoración de Incapacidades, como órgano del Instituto Nacional de la Seguridad Social, es el único que puede determinar si, como en el presente caso, un Magistrado/a está o no incapacitado/a para desarrollar, dentro de los parámetros fijados en la doctrina del Tribunal Supremo, sus funciones jurisdiccionales.

- g) Finalmente, se sostiene la procedencia de aplicar lo establecido en el artículo 87.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas); y se aduce para justificar dicha aplicación que el objeto del expediente de jubilación por incapacidad permanente para el servicio ha desaparecido, como claramente se desprende del cese en Carrera Judicial, por Jubilación Forzosa, de D<sup>a</sup> Leonor, el día 5 de octubre del corriente año 2006.

CUARTO.- El actual recurso contencioso-administrativo ha sido interpuesto por D<sup>a</sup> Leonor contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) que antes se ha mencionado, y lo que postula en su demanda, como ya ha sido expresado en los antecedentes, es lo siguiente:

“la nulidad del acto administrativo impugnado, debiéndose dictar otro que declare la jubilación por incapacidad permanente para el servicio de D<sup>a</sup> Leonor con el grado de absoluta y con efectos de la fecha de su solicitud o, subsidiariamente, de 5 de octubre de 2006, fecha en la que tuvo lugar su jubilación forzosa por edad, con todos los efectos correspondientes”.

Los argumentos de fondo desarrollados para apoyar esa pretensión son de dos clases.

Hay un primer grupo que va dirigido a combatir las razones utilizadas por el acuerdo recurrido para justificar su decisión de archivo, pues, efectivamente, en ellos:

I) Se combate la preeminencia que se atribuye el dictamen evaluador del EVI, se denuncian sus deficiencias y se sostiene que hay elementos en las actuaciones que, en contra de las conclusiones de dicho dictamen, permiten constatar que la recurrente padece dolencias con suficiente entidad e incidencia en sus posibilidades de desempeño profesional para ser valoradas como constitutivas de inca-

pacidad permanente para el ejercicio de la actividad de Juez o Magistrado.

II) Se niega que los derechos de los ciudadanos y el funcionamiento de la Administración de Justicia pueda ser el único fundamento de la jubilación permanente.

III) Se cuestiona muy enérgicamente que la jubilación forzosa por edad pueda ser considerada válidamente una causa sobrevenida de imposibilidad material de continuación del expediente que deba conducir a su terminación por aplicación de lo establecido en el artículo 87.2 de la Ley 30/1992.

Y hay una última argumentación en la que se defiende que la incapacidad que afecta a la recurrente debe ser calificada con el grado de “absoluta”.

QUINTO.- El planteamiento de la demanda que ha quedado expuesto revela que dos son las cuestiones que aquí han de decidirse. La primera es si un expediente de jubilación por incapacidad, iniciado con anterioridad, puede continuar y ser decidido una vez llegue la fecha en que la persona interesada cumple la edad que legalmente produce la jubilación forzosa; y la segunda es si hay elementos en las actuaciones que permitan apreciar en la recurrente esa situación de incapacidad en grado de absoluta cuya declaración reclama.

Esa primera cuestión ya debe decirse que merece una respuesta favorable a la pretensión de la demandante, por todo lo que se explica a continuación.

La jubilación por incapacidad tiene un doble alcance institucional e individual, pues, por un lado, ciertamente está dirigida a garantizar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, promoviendo el cese profesional de quienes no reúnen las condiciones debidas para el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional; pero, por otro lado, es también un hecho determinante de una situación jurídica para el afectado por ella, cuyas consecuencias no son totalmente coincidentes con las que se derivan de la jubilación forzosa por edad, ni tampoco son las mismas para todas las modalidades de incapacidad (pues varían en función de que la incapacidad sea calificada de total, absoluta o gran invalidez).

Esta doble vertiente, como bien recuerda la demanda, ya fue subrayada por la sentencia de esta misma Sala y Sección de 22 de septiembre de 1999 (Recurso 566/1999).

En cuanto al diferente contenido que pueden presentar las consecuencias jurídicas derivadas de la jubilación, según que esta sea la forzosa por edad o la que genera la incapacidad permanente para el servicio, debe reiterarse principalmente lo declarado en esa sentencia de 10 de no-

viembre de 2003 (Recurso 567/2001) que antes fue mencionada.

En ella se señala, como ya antes se puso de manifiesto, que dentro del marco de protección del Régimen Especial de Seguridad Social del Personal al servicio de la Administración de Justicia, regulado actualmente en el Texto Refundido de 23 de junio de 2000, aparece dispuesta la posibilidad de reconocer determinadas prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez; y se dice también que esto es lo que explica que en el procedimiento regulado en la Orden de 22 de noviembre de 1996 se establezca que, en los supuestos de jubilación por incapacidad, el órgano de jubilación deba indicar, en el impreso de iniciación de oficio del procedimiento de reconocimiento del derecho a pensión, si la lesión o proceso patológico del funcionario, además de incapacitarle para las funciones propias de su Cuerpo, le inhabilita por completo para toda profesión u oficio, y, en su caso, si necesita la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida.

Como también debe recordarse, en cuanto a esa posibilidad de que la jubilación genere diferentes consecuencias jurídicas, que el grado de incapacidad que sea reconocido puede o no tener un alcance tributario, porque, en función de que sea uno u otro, podrán derivarse determinados beneficios de esa naturaleza.

Debiéndose mencionar sobre esta cuestión la sentencia de 29 de mayo de 1995 (Recurso 5922/1997), citada en la posterior de 30 de septiembre de 2009 (Recurso 61/2008), pues en la primera se aborda toda la principal problemática que ha planteado la incidencia tributaria de la incapacidad de los funcionarios.

Y la consecuencia que deriva de lo anterior es esta: que si la jubilación por incapacidad puede generar en el interesado esas ventajas jurídicas que no existen en la jubilación por edad, no puede negarse a dicho interesado el derecho de proseguir el expediente dirigido al reconocimiento de esa específica clase de jubilación; y, por esta misma razón, la jubilación por edad no puede ser considerada una imposibilidad de continuación de dicho expediente.

**SIXTO.-** La segunda cuestión de esas dos que antes fueron apuntadas lo que exige es analizar si esos tres informes que el recurrido Acuerdo del Pleno del CGPJ dice tuvo en cuenta para su decisión permiten confirmar su valoración de que el contenido de los mismos no revela que la recurrente padezca lesiones o limitaciones invalidantes.

Por lo cual, lo primero que aquí procede, como se hace a continuación, es transcribir aquí el contenido

de tales informes que aparece en el texto de dicho acuerdo plenario.

1.- Sobre el contenido del Informe Clínico Oftalmológico emitido el 4 de enero de 2006 por el Doctor D. Edmundo, Oftalmólogo, se hace constar el siguiente:

“Acude a consulta para exploración oftalmológica debido a que tiene dificultades para ver bien, tanto de lejos como de cerca y desarrollar su profesional. Tiene lagrimeo, secreciones, ojos rojos y ve como una nube por delante del Ojo izquierdo que se mueve con los movimientos oculares y cuando lee se le pone entorpeciendo la lectura.

La paciente fue intervenida de cataratas de ambos ojos, sin complicaciones implantación de Lentes Acrysof Restor, siendo intervenida de un Desprendimiento de Vítreo posterior hemorrágico, exponiendo toda la historia clínica de la Señora Leonor hasta el momento en que emite dicho Informe Médico.

Finaliza el Informe con un comentario:

La visión en ambos ojos, sigue sin poderse mejorar con corrección óptica, los impactos de láser han cicatrizado y solo se le puede recomendar que use gafas para cerca, se ponga lágrimas artificiales, a veces, y que tome medicación antioxidante para la maculopatía senil.

Con respecto al trabajo, la paciente debe entender y valorar que la patología ocular que tiene no le permite poder desarrollarlo sin que ello le pueda provocar nuevos problemas retinianos y confusiones en la lectura de los textos, así como enrojecimientos, lagrimeos incesantes, etc.

Estas patologías son, en mi opinión, (...) de suficiente entidad como para solicitar una Incapacidad Permanente Absoluta”.

2.- Sobre el contenido del Dictamen Evaluador emitido el 18 de julio de 2006 por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de Granada se expresa que dice lo siguiente:

“- Intervenida Quirúrgicamente de cataratas en ambos ojos en enero de 2005, con implantación de lentes intraoculares.

- Intervenida de desprendimiento de vítreo posterior hemorrágico el 30 de junio del 2006, realizándole una vitrectomía y endofotocoagulación con láser en Ojo Izquierdo.

- Clínicamente aqueja de disminución de visión en ambos ojos, más en el ojo izquierdo.

- Sensación de cuerpo extraño en ojo derecho y visión borrosa en ojo izquierdo.

Y, analizadas las secuelas descritas y las tareas realizables por la funcionaria, este Equipo de Valoración de Incapacidades dictamina que la interesada.

- No está afectada por una lesión o proceso patológico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad, que le imposibilita totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala Plaza o Carrera.

- La lesión o proceso patológico citados NO le inhabilitan por completo para toda profesión u oficio.

- NO necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

El contenido del Informe Médico de Síntesis es el siguiente:

1.- Antecedentes: Se indica que ha sido intervenida de cataratas y de desprendimiento de Vítreo posterior.

2.- Afectación actual: Aqueja disminución de visión en ambos ojos.

3.- Exploración por aparatos.

a.- Oído.- Mantiene niveles conversacionales normales.

b.- Vista.- Intervenida de cataratas en ambos ojos y de desprendimiento vítreo posterior hemorrágico.

Para su determinación aporta el Informe del Doctor Edmundo, expuesto en el Antecedente segundo número 6, y del Doctor Rodolfo que No consta en el Expediente.

Dicho Médico de Síntesis, reproduce casi literalmente lo expuesto por el referido Doctor Edmundo, y que en definitiva ha servido para llegar a las conclusiones arriba expuestas en el Dictamen Evaluador del Equipo de Valoración de Incapacidades”.

3.- Sobre el contenido del Informe emitido el 25 de julio de 2006 por D<sup>a</sup> Eufrasia, Médico- Forense y Directora del Instituto de Medicina Legal de Granada se señala que es el siguiente:

1.- Antecedentes.- Se han consultado los Informes Médicos aportados así como examinado a la interesada constando en dicha documentación Médica las diversas intervenciones quirúrgicas realizadas en ambos ojos, consistentes en vitrectomía, fotocoagulación, cerclaje por desprendimiento de retina y cataratas. En consecuencia ha precisado estar de baja laboral en tratamiento farmacológico y reposo absoluto y relativo según evolución.

2.- Estado Actual.- La interesada presenta importante disminución de la agudeza visual. Es portadora de gafas para poder potenciar la visión de cerca, hecho que es difícil y limitado principalmente en el ojo iz-

quierdo. La visión con el ojo referido, es borrosa y muy limitada a la distancia de dos o tres metros. El ojo contralateral está igualmente afectado, si bien no con la importante limitación de izquierdo. Entre otros signos evidenciales destaca la irritación conjuntival de ambos ojos con lacrimo persistente a la fijación de la visión: refiere signos de fotosensibilización tal como dolor punzante y sensación de cuerpo extraño.

3.- Conclusiones.

A.- D<sup>a</sup> Leonor adolece de patología biocular con predominio e importante limitación en el ojo izquierdo, afectando a la visión próxima y lejana.

B.- Que los antecedentes clínicos oculares y las intervenciones sucesivas, las indicaciones medico-facultativas de reposo y no fijación continuada de la visión se estiman las más idóneas, máxime cuando existe en la actualidad riesgos de desprendimiento de retina y todos ello sum a: a la senilidad ocular.

C.- Que en consecuencia, la actividad laboral que desempeña exige fijación de la vista así como variaciones de intensidad luminosa por el uso de ordenadores, hechos en sí mismos que podrían precipitar en un elevado porcentaje, la aparición de menor agudeza visual, de los síntomas asociados a las patologías o el inminente desprendimiento de retina”.

**SÉPTIMO.-** Los tres informes anteriores coinciden en la patología que aprecian en la demandante y, en buena medida, en la descripción de las limitaciones que derivan de dicha patología, aunque sobre esto último es mucho más detallado el informe del Instituto de Medicina Legal de Granada.

Por tanto, en cuanto a dichas limitaciones, conviene estar a lo que figura en este último informe, y esto conduce a que, con base en las mismas, proceda acceder a la invalidez en grado de absoluta que es reclamada en la demanda.

Y sobre esta conclusión que acaba de avanzarse son convenientes las siguientes consideraciones.

La primera, siguiendo la jurisprudencia de esta Sala que se ha venido mencionando, es que debe subrayarse que la declaración de incapacidad no puede sólo apoyarse en los datos objetivos de la patología que haya sido constatada sino, muy principalmente, debe ser el resultado de realizar esta doble operación: primero, tener en cuenta las limitaciones funcionales que producen en el interesado sus enfermedades; y, segundo, proyectar estas limitaciones sobre los concretos cometidos que exige su actividad profesional.

La segunda es que ese Informe del Instituto de Medicina Legal no sólo

concreta y detalla la limitaciones funcionales derivadas de las patologías de la recurrente, sino que las contrasta con tareas muy esenciales de la actividad jurisdiccional y afirma lo siguiente: que tiene dificultades para fijar la visión, por producirle ello lacrimo persistente, dolor punzante y sensación de cuerpo extraño; y que, además de esas dificultades, dicha fijación de la visión puede aumentar sus actuales limitaciones, al poder precipitar la aparición de menor agudeza visual y de los síntomas asociados a las patologías, y también un inminente desdoblamiento de retina.

La tercera es que esa operación de contrastar las limitaciones derivadas de la patología con los cometidos profesionales de la recurrente está ausente en el Informe del EVI, por lo que sus conclusiones contrarias a la invalidez son un mero juicio abstracto de valor carente de la motivación o explicación que lo pueda justificar.

La cuarta es que esas limitaciones de la recurrente, valoradas junto a su avanzada edad, descartan una real posibilidad de reinserción profesional.

Y la cuarta y última es que los antecedentes y el desarrollo de las patologías que refieren todos los informes permiten considerar justificado que las limitaciones ya existían, como postula la demanda con carácter principal, en la fecha en que la recurrente solicitó la jubilación por incapacidad (el 25 de mayo de 2006).

OCTAVO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, estimar el recurso contencioso-administrativo, y no se aprecian razones para hacer una expresa imposición de costas procesales.

#### FALLO

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> Leonor contra el Acuerdo de 3 de noviembre de 2006 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de veintiséis de noviembre de 2008 y anular este acto, por no ser conforme a Derecho a los efectos de lo que se declara a continuación.

2.- Reconocer el derecho de D<sup>a</sup> Leonor a que le sea concedida la jubilación por incapacidad permanente para el servicio con efectos desde el 25 de mayo de 2006, y que la resolución que así lo acuerde declare que esa incapacidad es absoluta para toda profesión u oficio.

3.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Cancrón Lalanne.- José Díaz Delgado.- Juan José González Rivas.- Nicolás Antonio Maurandi Guillen.- Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

(...)

## TS SOCIAL

2010/14366

TS Sala 4<sup>a</sup>, Sentencia 1 febrero 2010. Ponente: D. Jesús Souto Prieto

### Revisión rechazada por inexistencia de maniobras maliciosas

*Desestima el TS el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el empresario codemandado contra sentencia que declaró la improcedencia del despido del trabajador accionante.*

*Explica la Sala que no han quedado acreditadas maniobras maliciosas del actor en orden a la ocultación del domicilio con miras a sustraer al demandado el conocimiento del proceso dirigido contra él, sino que consta que el trabajador mantuvo una actitud de colaboración con el órgano judicial a la hora de suministrar datos para la localización de los demandados, como se pone de relieve en el escrito en el que se facilitan móviles de aquéllos, se insta el requerimiento a determinados organismos administrativos y se facilitan datos de clientes.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La presente demanda de revisión se formula en relación con la sentencia de 28/2007, dictada el 24 de enero de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona en actuaciones por despido seguidas a instancia de D. Nemesio contra la mercantil EMPRESA DE REFORMAS EL ARCA Y SERVICIOS, S.C.P., D. Remigio y D. Ezequiel y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL. La pretensión revisoria se funda en la causa cuarta del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse ganado injustamente la sentencia en virtud de maquinación fraudulenta.

La maquinación que se alega consiste en que el procedimiento se tramitó contra los demandados que fueron citados en el domicilio de la empresa designado por el actor -calle Guitard 41.1º.3, Barcelona-, sin la comparecencia de éstos motivada por no haberse podido practicar las correspondientes citaciones.

La incomparecencia se atribuye a "una acreditada maquinación fraudulenta del demandante, unida a la pasividad del Juzgado al consentir la celebración de juicio "sin llevar a cabo las mínimas diligencias de comprobación de los domicilios de los demandados, para no generar indefensión en los mismos, actuación que en fase de ejecución fue subsanada fácilmente por el Juzgado de lo Social núm. 5, recabando de la Agencia Tributaria el documento de constitución de la SCP en el que aparecían correctamente identificados sus integrantes a los efectos de su emplazamiento y citación".

SEGUNDO.- Opone el Abogado del Estado la caducidad de la acción y ésta ha de apreciarse. Es reiterada la doctrina de esta Sala que establece que el plazo de tres meses previsto en el artículo 512.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es de caducidad y que corresponde a la parte demandante determinar con claridad el «dies a quo» para su cómputo y acreditar que el recurso se ha interpuesto en tiempo hábil (sentencias de 13 de julio de 2.000 y 14 de marzo de 2005).

Nada de esto se cumple en el escrito de demanda sentencia. En hecho noveno de la demanda la parte se limita a afirmar que "el presente recurso se interpone dentro de los plazos que establece el artículo 512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al solicitar la revisión dentro del plazo de tres meses desde el día en que se tuvo conocimiento del fraude que se invoca como motivo de revisión". Pero no indica cuál fue ese momento.

Según manifestación propia, la parte demandante en este procedimiento tuvo conocimiento de los hechos determinantes de la pretensión revisora el 5 de junio de 2008, fecha en que se le notificó el embargo y a partir de la cual -sin precisar fecha- dice que compareció en el juzgado, en el que se le informó de que la ejecución provenía de la sentencia de referencia.

La parte añade que, hechas las averiguaciones oportunas, tuvo conocimiento de la presentación de la demanda y del expediente. Pero ni fija ni acredita la fecha de ese conocimiento y lo único que consta es la

interposición el 11 de julio de 2008 de incidente de nulidad de actuaciones, que fue rechazado por auto de 5 de septiembre siguiente, precisamente por haberse presentado fuera de plazo la solicitud de nulidad. El auto afirma que a partir de esa fecha se realizó la comparecencia ante el juzgado tomando conocimiento el hoy demandante de la sentencia de la cual provenía la ejecución.

El demandante sugiere que el conocimiento de todas las "irregularidades cometidas" fue posterior, pero ni alega ni acredita la fecha de ese conocimiento y, desde luego, no puede aceptarse como dies a quo el de la notificación del auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones -el 2 de septiembre de 2008 - porque, aunque se admita con carácter general esa fecha como la inicial del cómputo (sentencia de la Sala 1<sup>a</sup> de este Tribunal de 19 de junio de 2006), es claro que esa alteración del cómputo no puede producirse cuando se trata de un incidente improcedente por extemporáneo. Por ello, partiendo de la única fecha acreditada el 5 de junio de 2008 y tratándose del cómputo de un plazo civil por meses (sentencia de 13 de julio de 2000 y las que en ella se citan), que incluye el mes de agosto, es claro que cuando se presentó la demanda de revisión el 1 de octubre de 2008 el plazo de caducidad ya había transcurrido.

TERCERO.- Por otra parte y a mayor abundamiento, tampoco concurre la causa de revisión alegada, que exige, según la doctrina de la Sala, que queden acreditadas maniobras maliciosas del actor en orden a la ocultación del domicilio con miras a sustraer al demandado el conocimiento del proceso dirigido contra él, eliminando así la posibilidad de defensa o que exista, al menos, una culpa grave a la hora de suministrar al tribunal la información necesaria para la localización del demandado (sentencia de 12 de junio de 2000 y las que en ella se citan), lo que es claro que aquí no concurre por las siguientes razones:

1<sup>a</sup>) La parte demandante en revisión sólo ha acreditado que su domicilio en el momento de la demanda era el de la calle Degà Bahí y que a partir de 7 de febrero de 2006 inició una relación laboral por cuenta ajena, pero el primer dato no implica su conocimiento por el trabajador, ni el segundo supone su desvinculación de la empresa Reformas El Arca, ni que el trabajador conociese ese dato;

2<sup>a</sup>) Están por el contrario acreditadas antes del recurso a la notificación edictal las diversas actuaciones del juzgado en orden a la localización (citaciones por correo fallidas, folios 17-19; citaciones negativas mediante agente judicial, folios 25, 26, 29 y 30), recurso a la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social, folio 35, consultas también negativas al INE, folios 35,

36 y 37), que muestran la dificultad objetiva de localización del domicilio del hoy demandante en revisión. Los resultados de los intentos de notificación mediante agente judicial muestran además la escasa diligencia de los empresarios demandados a la hora de facilitar su localización, si efectivamente habían dejado el domicilio social.

3ª) No se ha acreditado que el trabajador demandante en la instancia conociera el domicilio personal del demandante en revisión. Por el contrario, consta que el trabajador demandante en las actuaciones que dan lugar a la sentencia que se intenta revisar mantuvo una actitud activa de colaboración con el órgano judicial a la hora de suministrar datos para la localización de los demandados, como se pone de relieve en el escrito obrante al folio 44, en el que se facilitan móviles de aquéllos, se insta el requerimiento de datos a la compañía Telefónica, a las compañías de los móviles y a determinados organismos administrativos, y se facilitan los datos de clientes.

En estas circunstancias la causa del número 4 del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede apreciarse y tampoco cabe suplir la ausencia de esta causa mediante el reproche de unas supuestas irregularidades en la actuación del órgano judicial, que, de existir, deberían controlarse a través de un recurso extraordinario por quebrantamiento de forma o del incidente de nulidad de actuaciones.

Procede, por tanto, la desestimación de la demanda de revisión, con pérdida del depósito constituido para recurrir y con condena en costas a la parte demandada; costas que de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala consistirán en los honorarios del Abogado del Estado con el límite del artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (sentencia de 18 de marzo de 2002).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Desestimamos el recurso extraordinario de revisión, interpuesto por D. Ezequiel, representado por la Procuradora Sra. Martínez Tripijana y defendido por el Letrado Sr. Bergada Redondo, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Barcelona el 24 de enero de 2.007, sobre despido, en autos núm. 237/06, promovidos por D. Nemesio contra la mercantil EMPRESA DE REFORMAS EL ARCA Y SERVICIOS, S.C.P., D. Remigio y D. Ezequiel y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL. Decretamos la pérdida del depósito constituido por el demandante y condenamos a éste al abono de las costas del presente proceso que consistirán en los honorarios del Abogado del Estado en la

cuantía que fijará la Sala, dentro de los límites del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, si a ello hubiere lugar.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

2010/14367

TS Sala 4ª, Sentencia 28 enero 2010. Ponente: Dª Mª Milagros Calvo Ibarlucea

No ha lugar a la nulidad por no haber indefensión

### Falta de audiencia de empresa en expediente sobre recargo por falta de medidas de seguridad

*Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que declaró la nulidad de las actuaciones administrativas relativas al recargo de prestaciones impuesto a la empresa accionante por falta de medidas de seguridad.*

*Explica la Sala que la empresa demandante recibió la notificación del inicio del expediente de recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo sin que se le concediera el trámite de audiencia una vez elaborada la propuesta del EVI, pero sin que ello haya supuesto su total exclusión del expediente administrativo, ni la pérdida de toda posibilidad de contradicción susceptible de generar indefensión.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL impuso el 40% en concepto de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad con carácter solidario a la empresa principal y a la contratista.

En vía judicial, la sentencia recurrida estimó el recurso de la empresa

principal, y declaró la nulidad de las actuaciones administrativas desde el momento en el que se obvió el trámite de audiencia a la empresa.

Recurren el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el trabajador en casación para la unificación de doctrina y ofrecen como sentencia de contraste las dictadas el 9 de mayo de 2008 por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (RCUD núm. 8/605/2007) y el 28 de mayo de 2008 (RCUD núm. 8/814/2007).

En la primera de las sentencias de comparación se parte asimismo de la imposición por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de un recargo por falta de medidas de seguridad, esta vez del 50%, en las prestaciones derivadas de accidente de trabajo. Si bien a la empresa se le dio traslado del escrito de iniciación, a lo que contestó formulando alegaciones y proponiendo prueba, no se le contestó respecto a lo último y tampoco se le dio audiencia.

La sentencia de contraste, casó y anuló la sentencia de duplicación que había declarado la nulidad de las actuaciones administrativas debido a la omisión del trámite de audiencia reiterando la doctrina de la Sala sobre el particular que no considera que en casos como el presente se produzca indefensión.

En cuanto a la STS de 28 de mayo de 2008 (RCUD núm. 8/814/2007), también en ella se estima el recurso del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, casando y anulando la sentencia que había declarado la nulidad de actuaciones al haber omitido el trámite de audiencia, si bien existió aportación de documentos y proposición de prueba por la interesada, en el expediente de imposición de recargo del 50% sobre las prestaciones derivadas de enfermedad profesional. Por esta razón la sentencia de contraste rechaza la declaración de nulidad de actuaciones reiterando la doctrina de la Sala sobre el particular.

Concurre lo por tanto el requisito de contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación a las sentencias de contraste presentadas tanto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL como por el trabajador.

SEGUNDO.- El INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL alega la infracción de lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, en relación con el artículo 84 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y artículo 11.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, de aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de Julio, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social y artículo 24

de la Constitución Española.

El trabajador por su parte alega la infracción del artículo 62.1 de la Ley 32/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de Noviembre, en relación con la doctrina aplicada en la sentencia de contraste.

La cuestión relativa a las consecuencias de la omisión del trámite de audiencia a las partes en el procedimiento administrativo seguido ante el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre recargo en las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad, ha sido reiteradamente resuelta existiendo doctrina unificada al respecto de la que son exponente las sentencias de contraste que ambos recurrentes han aportado, que a su vez reproducen las consideraciones acogidas en resoluciones que las precedieron.

Ambas resoluciones basan su decisión, con mención de las SSTs de 30 de abril de 2007, (R. C.U.D. 8/330/2006) y 3 de julio de 2007 (R. C.U.D. 8/3152/2006), en la doctrina expresada en los siguientes términos: "Hay que empezar reconociendo que la LRJAPC es aplicable a la actividad administrativa de reconocimiento de las prestaciones por parte de los organismos gestores de la Seguridad Social. Así se desprende claramente de lo establecido en el artículo 2.2 de la citada ley, a tenor del cual la mencionada ley se aplica a "las Entidades Públicas con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas". El precepto añade que "estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometándose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación".

El régimen jurídico de la gestión de la Seguridad Social que se contiene en el capítulo VII del Título I de la Ley General de la Seguridad Social no excluye este régimen, sin perjuicio de las peculiaridades que en materia de procedimiento se han establecido, conforme al propio carácter común de la regulación legal (disposición adicional 5ª de la LRJAPC) y del especial régimen de impugnación de los actos administrativos de Seguridad Social (disposición adicional 6ª de la LRJAPC). Por otra parte, la entidad empresarial demandante tiene la consideración de interesado en el procedimiento administrativo que reconoció la pensión de incapacidad permanente absoluta y luego la gran invalidez al trabajador, porque desde el momento en que en ese procedimiento se decide sobre la responsabilidad de la empresa se está en el supuesto del apartado b) del número 1 del art. 31 de la LRJAPC, según el cual tienen esa consideración "los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la deci-

sión que en el mismo se adopte” y éste es obviamente el caso de quien en la resolución administrativa podía ser declarado responsable del pago de la prestación. Por tanto, el trámite de audiencia debía haberse cumplido con la empresa, porque ésta tenía la condición de interesado y porque se estaba en el supuesto del 84 de la LRJAPC, sin que fuese aplicable la excepción del número 4 de este artículo.

Pero dicho esto, lo cierto es que la parte alega la infracción de los apartados a) y e) del artículo 62.1 de la LRJAPC y ninguna de estas normas se ha infringido por la sentencia recurrida. No se ha infringido el apartado a), porque no se ha vulnerado ningún derecho fundamental de la entidad demandante. Esta no concreta el derecho fundamental vulnerado, aunque parece referirse a la tutela judicial efectiva en su modalidad de indefensión. Pero el derecho que reconoce el artículo 24 de la Constitución se refiere, en principio, al proceso judicial, no al procedimiento administrativo, y en el presente caso la omisión del trámite de audiencia que hubiera permitido a la parte aportar “alegaciones” y aportar “documentos y justificaciones” (artículo 84 de la LRJAPC) no ha tenido relevancia alguna, pues la parte ha podido presentar tales alegaciones, justificaciones o documentos en el proceso judicial. La doctrina de la Sala Tercera de este Tribunal ha señalado también que fuera del ámbito sancionador, “la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional” (sentencia de la Sala III de 16 de marzo de 2005). Tampoco la falta de audiencia equivale a la falta total y absoluta de procedimiento del apartado e) del artículo 62.1 de la LRJAPC. La parte confunde la anulabilidad del acto por un vicio de forma (artículo 63.2 de la LRJAPC) con un supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 62 pues, como también tiene declarado la Sala III de este Tribunal “la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”; procedimiento, que “subsiste aun faltando la audiencia” (sentencias de 13 de octubre de 2000 y 16 de marzo de 2005).

Estamos, por tanto, en el ámbito del artículo 63 de la LRJAPC, que es el de la anulabilidad de los actos administrativos; anulabilidad que se produce por cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico distinta de las contempladas en el artículo 62. Pero, como establece el número 2, de este artículo “el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para

alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”. Pues bien en el presente caso y, aparte de que la recurrente no ha invocado el artículo 63 de la LRJAPC, aunque sí alega los preceptos sobre la audiencia de la regulación específica de Seguridad Social, la omisión de la audiencia no ha impedido al acto administrativo alcanzar su fin y tampoco ha producido indefensión. El acto ha alcanzado su fin, que es el reconocimiento de la prestación con la declaración de las responsabilidades para su abono.

Tampoco ha producido una indefensión relevante que deba determinar la nulidad de actuaciones para corregirla. La doctrina de la Sala III de este Tribunal insiste en que “la indefensión no equivale a la propia falta del trámite de audiencia”, sino que “ha de ser real y efectiva” y, por ello, “para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello” (sentencias de 11 de julio de 2003 y 16 de marzo de 2005). En el presente caso no puede apreciarse que la omisión del trámite de audiencia haya provocado tal indefensión.

En primer lugar, porque la parte recurrente tuvo en todo momento noticia de la iniciación del procedimiento y pudo personarse en el mismo y formular alegaciones, lo que efectivamente hizo, como más adelante se verá. En efecto, la empresa en su demanda reconoce que tuvo conocimiento de la propuesta formulada por la Mutua, en la que constaban las secuelas del trabajador, el grado de incapacidad propuesto (gran invalidez), la responsabilidad de la empresa y las secuelas padecidas por el trabajador (folio 139), siendo en lo esencial estas últimas coincidentes con las que se tuvieron en cuenta en la resolución administrativa. Tuvo también conocimiento de la reclamación previa del trabajador, en la que se enumeraban las lesiones padecidas y se solicitaba la gran invalidez (folios 199-202). La empresa formuló alegaciones tanto a la propuesta de la Mutua (folio 119), como a la reclamación previa del trabajador (folios 190 y 191), limitándose en las primeras a negar su responsabilidad y en la segunda a oponerse al grado solicitado. En estas últimas, por ejemplo, se dice que “las afecciones que padece el solicitante según se señalan en el informe realizado por los equipos de valoración señalan que el recurrente tiene perfecta movilidad autónoma (y está) perfectamente capacitado para la realización de cualquier otro trabajo”, lo que “determinará una incapacidad permanente total y no gran invalidez que solicita”. De esta forma, la parte ahora recurrente muestra, pese a la falta de audiencia, un perfecto conocimiento de la situación del trabajador y de los informes

obstantes en el expediente. Por ello constituye un conducta abusiva el que alegue la nulidad de las actuaciones fundadas en la omisión de ese trámite, porque tenía la información necesaria y, desde luego, pudo formular alegaciones tanto en su oposición a la reclamación previa del trabajador, como luego en la propia reclamación previa interpuesta por la propia recurrente, aportando además cuantos “documentos” y “justificaciones” considerara convenientes. Por otra parte, aunque no fuera así, lo cierto es que la parte ha ejercita-

■

*“La doctrina de la Sala Tercera de este Tribunal ha señalado también que fuera del ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional” (sentencia de la Sala III de 16 de marzo de 2005). Tampoco la falta de audiencia equivale a la falta total y absoluta de procedimiento del apartado e) del artículo 62.1 de la LRJAPC.”*

■

do, tras el agotamiento del trámite de reclamación previa, una pretensión de plena jurisdicción ante el orden social, dando lugar al correspondiente proceso, en el que ha podido formular alegaciones y practicar prueba para combatir tanto la incapacidad reconocida al trabajador, como la declaración de responsabilidad”.

En el supuesto que contempla la sentencia recurrida, la empresa demandante recibió la notificación del inicio del expediente de recargo de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, sin que se le conce-

diera el trámite de audiencia una vez elaborada la propuesta de la E.V.I., pero sin que ello haya supuesto su total exclusión del expediente administrativo ni la pérdida de toda posibilidad de contradicción susceptible de generar indefensión. Es de reiterar por lo tanto la doctrina de la que son exponente las sentencias de contraste que a su vez siguen la unificada en la STS de 3 de julio de 2007 (RCUD núm. 3152/2006), que se acaba de reproducir.

Por lo expuesto y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación de ambos recursos, casar y anular la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación, desestimar el recurso de igual naturaleza, con imposición de las costas a la recurrente en suplicación, así como la pérdida del depósito, debiendo dar a la consignación el destino que legalmente proceda y sin que haya lugar a la imposición de costas en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLO

Estimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y por el Letrado D. CARLOS CARRETO RIBOT actuando en nombre y representación de D. Hernan. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 9 de octubre de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, desestimamos el recurso de suplicación y confirmamos la sentencia de fecha 17 de abril de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de Sevilla, en autos núm. 617/2006, seguidos a instancia de UNIRA, S.L. contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MONTAJES SERVICLUB 97, S.L. y D. Hernan sobre RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD E HIGIENE. Con imposición de las costas a la recurrente en suplicación, así como la pérdida del depósito, debiendo dar a la consignación el destino que legalmente proceda y sin que haya lugar a la imposición de costas en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina

Devuélvase las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

(...)



# EL DERECHO

Año XVII. Número 2836

Madrid, 26 de mayo de 2010

DIARIO DE JURISPRUDENCIA

## RESEÑA

Si desea recibir por fax el texto completo de las sentencias de las que se informa en la sección "Reseña", puede solicitarlo por teléfono (91) 423 29 00 o por fax (91) 578 16 17, indicando siempre el número de referencia de la sentencia.



2009/239961

TS Sala 1ª, Sentencia 19 octubre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Nulidad de partición y exclusión del caudal hereditario del usufructo del causante

El TS declara haber lugar al rec. de casación anulando la sentencia impugnada en el único sentido de eliminar la declaración de nulidad de la partición para deducir del caudal hereditario la cantidad fijada atribuida en usufructo al causante en la herencia de su esposa fallecida anteriormente, dado que a la muerte del causante usufructuario se extinguió el usufructo consolidándose éste con la propiedad y ésta ya no nuda sino plena quedó como titularidad de los hijos herederos demandantes y demandados y fuera por tanto del contenido de la herencia y de la que no cabe deducción alguna. La AP había desestimado todas las pretensiones sobre la impugnación de la validez del testamento del causante y de la partición de la herencia, salvo la de incluir en ésta el negocio de habilitación de clases pasivas y de excluir dicha cantidad que había sido atribuida en usufructo al causante.

2009/239960

TS Sala 1ª, Sentencia 14 octubre 2009.  
Ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz

### Declaraciones realizadas dentro de campaña electoral no atentatorias del derecho al honor

El TS declara no haber lugar al rec. de casación confirmando la sentencia impugnada que absolvió al demandado considerando que no se ha vulnerado el derecho al honor de la actora dado que las declaraciones efectuadas por aquél se hicieron en un contexto de crítica política en el transcurso y desarrollo de una campaña electoral siendo de relevancia para la opinión pública al contener información sobre posibles irregularidades de las instituciones autonómicas en la elección de una plaza de profesora interina que recayó en la actora.



2009/306777

TS Sala 2ª, Sentencia 9 diciembre 2009.  
Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

### Atenuante analógica de dilaciones indebidas en delitos de daños dolosos y contra la seguridad del tráfico

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los acusados contra sentencia dictada en causa seguida a los mismos por delitos de daños dolosos y contra la seguridad del tráfico. El TS dicta segunda sentencia por la que aprecia la atenuante analógica de dilaciones indebidas, pues aunque el procedimiento se sustanció hasta la celebración del juicio oral sin paralizaciones relevantes y en un tiempo muy razonable, es lo cierto que finalizada la vista no se dictó sentencia hasta seis meses después; dilación que, sin una causa justificativa que conste, representa un evidente retraso valorable como indebida dilación de efecto atenuatorio.

Formula voto particular el Magistrado D. Manuel Marchena Gómez.

2009/307280

TS Sala 2ª, Sentencia 23 diciembre 2009.  
Ponente: D. Luciano Varela Castro

### Diferencia entre apropiación indebida y estafa

Se estima el recurso de casación interpuesto por el acusado contra sentencia que le condenó por delitos de apropiación indebida y uso de certificado falso. El TS dicta segunda sentencia por la que absuelve al recurrente del expresado delito, pues el tipo penal aplicable sería una estafa, y no la apropiación indebida por administración desleal, ya que ésta implica que no hubo engaño previo; pero los hechos probados omiten datos esenciales que pudieran justificar tal condena por estafa, pues para afirmar que precedió engaño, no basta con decir que se presentó una certificación acreditativa de más obra realizada que la que efectivamente se realizó; habría de afirmarse

que el querellante tuvo motivos para estimar que la certificación obedecía a obra efectiva y que no los tuvo para saber que, a todas luces, tal obra no estaba ejecutada y que, pese a ello, decidió hacer el abono de su importe.



2010/16408

TS Sala 3ª, Sección 2ª, Sentencia 25 enero 2010.  
Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo

### Petición de declaración "de oficio" de prescripción de deuda tributaria

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la asociación familiar pro-minusválidos psíquicos, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que confirmaba la resolución del TEAC, desestimatoria de los recursos de alzada deducidos por la entidad ahora recurrente y por la Administración frente al acuerdo del TEAR de Canarias, parcialmente confirmatorio del acuerdo liquidatorio en concepto de Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 1993. La Sala considera que los supuestos aportados de contraste, nada tiene que ver con el caso que nos ocupa, en el que la entidad benéfica no explota por sí, sino que contrata con otra mercantil la cesión de uso de explotación. Respecto de la petición de que se declare "de oficio" la prescripción de la deuda tributaria, se indica que no se ha producido la pretendida prescripción como consecuencia de la "paralización" del recurso, pues cuando la cuestión discutida entra en el área jurisdiccional, por el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas, la interrupción que produce la interposición de la acción judicial no es momentánea, -como parece sostener la recurrente- sino que permanece durante la tramitación del proceso, salvo que mediara una suspensión del procedimiento adoptada en forma y se completara el plazo prescriptivo durante la situación de suspensión, pues en los demás casos el impulso del procedimiento y la adopción de las resoluciones pertinentes, así como la realización de los actos de comunicación y notificaciones sin perjuicio de los supuestos



2009/338505

TS Sala 4ª, Sentencia 14 diciembre 2009.  
Ponente: D. Jesús Souto Prieto

### Vulneración empresarial de libertad sindical al obstaculizar negociaciones y provocar desafiliaciones

Desestima el TS el rec. de casación formulado por la caja rural demandada contra sentencia que acogió la pretensión del sindicato accionante sobre tutela de la libertad sindical. Señala el Tribunal que consta en el caso de autos una conducta obstaculizadora de la empresa, impidiendo que las negociaciones para resolver el conflicto colectivo llegasen a buen término, como lo demuestra el que pretendiese configurar un órgano paritario de negociación distinto del acordado, intentando negociar con el comité de empresa, cuando lo acordado había sido negociar con el sindicato que tenía la condición de parte en el conflicto colectivo, apareciendo suficientemente acreditado que con tal conducta el sindicato accionante experimentó una baja de afiliaciones que pueden atribuirse razonablemente a la situación de imposibilidad en que se veía el sindicato para culminar la resolución favorable del conflicto colectivo.

2010/14348

TS Sala 4ª, Sentencia 18 enero 2010.  
Ponente: D. Juan Francisco García Sánchez

### Reconocimiento tácito de improcedencia de despido excluyente de salarios de tramitación

Estima el TS el rec. de casación para la unificación de doctrina formulado por la mercantil demandada contra sentencia que no concedió efectos liberatorios a la consignación de la indemnización por despido realizada dentro del plazo legalmente previsto. Considera la Sala que por más que la empresa no comunicara a los trabajadores que reconocía la improcedencia de sus despidos, tal reconocimiento tácito podía deducirse sin duda alguna de la conducta de la empleadora que, tras haber comunicado en un primer momento que los despidos tenían la naturaleza de objetivos, amplió las indemnizaciones, en ánimo conciliatorio, hasta la máxima indemnización legal, acompañando a la comunicación los respectivos cheques, procediendo a dejar sin efecto la condena al pago de salarios de tramitación.